

Sygn. akt: KIO 1987/14
Sygn. akt: KIO 2000/14
Sygn. akt: KIO 2002/14

WYROK
z dnia 20 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Beata Pakulska
Andrzej Niwicki

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2014 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 26 września 2014 r. przez **wykonawcę - EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa (sygn. akt KIO 1987/14);**
- B. w dniu 26 września 2014 r. przez **wykonawcę - GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa (sygn. akt KIO 2000/14);**
- C. w dniu 26 września 2014 r. przez **wykonawcę - Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (sygn. akt KIO 2002/14),**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego - Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa,**

przy udziale **wykonawcy – GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego** w sprawach o sygn. akt: **KIO 1987/14** i **KIO 2002/14**,

przy udziale **wykonawcy – Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego** w sprawach o sygn. akt: **KIO 1987/14**, **KIO 2000/14** i **KIO 2002/14**,

przy udziale **wykonawcy – EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego** w sprawach o sygn. akt: **KIO 2000/14** i **KIO 2002/14**,

przy udziale **wykonawcy – Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego** w sprawie o sygn. akt **KIO 2000/14**,

orzeka:

- 1. oddala odwołania o sygn. akt: KIO 1987/14 oraz o sygn. akt: KIO 2000/14 i o sygn. akt: KIO 2002/14;**
- 2. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 1987/14 obciąża wykonawcę - EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 1987/14;**
 - 2.2. zasądza od wykonawcy - EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa na rzecz zamawiającego - Poczty Polskiej S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;**

3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 2000/14 obciąża wykonawcę - GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 2000/14;

3.2. zasądza od **wykonawcy - GTS Poland Sp. z o.o., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** na rzecz **zamawiającego - Poczty Polskiej S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

4. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 2002/14 obciąża wykonawcę - Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 2002/14;

4.2 zasądza od **wykonawcy - Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** na rzecz **zamawiającego - Poczty Polskiej S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1987 /14

Sygn. akt: KIO 2000 /14

Sygn. akt: KIO 2002 /14

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Poczta Polska Spółka Akcyjna z Warszawy na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług operatora sieci rozległej WAN_PP dla Poczty Polskiej S.A”.

Odwołania w tym postępowaniu zostały wniesione wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] przez wykonawców:

- 1) EXATEL S.A. z Warszawy [sygn. akt: KIO 1987/14,
- 2) GTS Poland z Warszawy [sygn. akt: KIO 2000/14]
- 3) Orange Polska S.A. z Warszawy [sygn. akt: KIO 2002/14]

Wykonawcy wskazując na interes we wniesieniu odwołania w szczególności podali, że naruszające przepisy ustawy postanowienia SIWZ, utrudniają znacząco Odwołującym złożenie oferty i w konsekwencji mogą ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez Zamawiającego powołanych przepisów ustawy, wynikającą z nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. Wskazywali także, że niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwia należyłą kalkulację ceny oferty, a także może skutkować nieprzewidzianymi stratami w trakcie realizacji umowy. Modyfikacja wskazanych w odwołaniu postanowień specyfikacji umożliwi zdaniem Odwołujących ubieganie się o zamówienie w tym postępowaniu - złożenie oferty oraz uzyskanie zamówienia. Wykonawcy, że uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionego przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołujących, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Wskazali również, że objęta odwołaniem czynność prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez wykonawcę, polegającej na uniemożliwieniu wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia.

Sygn. akt: KIO 1987 /14

Wykonawca - EXATEL S.A. z Warszawy [Odwołujący lub wykonawca EXATEL] zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w nieprecyzyjny sposób, utrudniający lub uniemożliwiający złożenie oraz prawidłowe skalkulowanie oferowanej ceny i art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji polegającej na doprowadzeniu jej postanowień do zgodności z ustawą, zgodnie z treścią uzasadnienia niniejszego odwołania. W uzasadnieniu podał, co następuje:

1. [Nieograniczona możliwość ograniczenia zakresu zamówienia]

Zgodnie z § 8 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ, Zamawiający ma prawo do rezygnacji z łączy w danej Lokalizacji, co będzie równoznaczne z wypowiedzeniem Umowy w odniesieniu do tej Lokalizacji. Jego zdaniem jest oczywiste, że liczba utrzymywanych łączy ma bezpośredni wpływ na wysokość kosztów ponoszonych przez wykonawców oraz na wysokość spodziewanego zysku. Dalej podał, że Informacja o liczbie łączy jest dla wykonawcy informacją o znaczeniu kluczowym dla wyceny oferty. Tymczasem tak zdefiniowane uprawnienie Zamawiającego pozwala ograniczyć przedmiot zamówienia w dowolny sposób, już po zawarciu umowy. Wykonawcy nie mają więc żadnej pewności, czy będą świadczyli usługę w 100% lokalizacji, czy np. w 10%, jeżeli Zamawiający podejmie decyzję o „rezygnacji” z 90% lokalizacji. W ocenie Odwołującego cytowane powyżej brzmienie § 8 ust. 1 wzoru umowy wprost narusza zasadę określoności przedmiotu zamówienia wyrażoną w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że jest świadom faktu, iż Zamawiający może nie mieć w chwili publikacji SIWZ pełnej wiedzy co do przyszłych uwarunkowań realizacyjnych (np. w zakresie przenoszenia czy likwidacji placówek), jednakże nie jest dopuszczalne przerzucenie całego ryzyka wynikającego z tego problemu na wykonawców i pozbawienie ich jakiegokolwiek pewności, co do zakresu świadczeń, do wykonania których będą zobowiązani. Jego zdaniem Zamawiający z pewnością dysponuje statystykami pozwalającymi ocenić, z jakiej przybliżonej liczby lokalizacji będzie zmuszony zrezygnować w toku realizacji umowy i odpowiednio do tych danych może zdefiniować „niepewny” zakres zamówienia.

Odwołujący wniósł o wykreślenie § 8 ust. 1 wzoru umowy lub ewentualnie o nakazanie zmiany brzmienia tego postanowienia poprzez dodanie zdania, zgodnie z którym liczba

Łączy, z których Zamawiający może zrezygnować w danym roku obowiązywania Umowy, nie może przekroczyć 20.

2. [Niemożliwy do dotrzymania termin realizacji zamówienia]

Zgodnie z rozdziałem VII ust. 2 SIWZ, Prace Wdrożeniowe polegające na dostarczeniu, skonfigurowaniu i wdrożeniu infrastruktury (łącza, sprzęt, oprogramowanie), niezbędnej do świadczenia usług sieci WAN_PP w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego zostaną zrealizowane przez Wykonawcę najpóźniej w okresie do 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Termin powyższy został także potwierdzony w postanowieniach § 2 ust. 3 wzoru Umowy, natomiast w § 12 ust. 1 przewidziane zostały kary umowne za jego niedotrzymanie. Odwołujący podniósł, że przedmiot zamówienia obejmuje wdrożenie infrastruktury w 4762 lokalizacjach na terenie całej Polski, przy czym Zamawiający zakłada uruchamianie około 500 lokalizacji miesięcznie. Przy założeniu pracy wykonywanej przez 365 dni w roku, wliczając niedziele i święta oraz okres zimowy, w którym może być niemożliwe wykonywanie niektórych robót budowlanych, oznacza to konieczność uruchomienia ponad 13 Lokalizacji dziennie. Realnie, biorąc pod uwagę takie ograniczenia, jak praca w dni robocze, czy brak możliwości wykonania niektórych prac w okresie zimowym, wykonawca, który uzyska zamówienie, będzie musiał uruchomić między 20 a 30 Lokalizacji dziennie. Odwołujący zaznacza, że wykonanie prac w danej lokalizacji wymaga uwzględnienia nie tylko uwarunkowań czysto technicznych, ale także uzyskania niezbędnych pozwoleń oraz dokonywania uzgodnień w poszczególnych placówkach. Odwołujący stwierdza, że termin 12 miesięcy jest w jego ocenie zdecydowanie zbyt krótkim, co znacząco utrudnia lub wręcz uniemożliwia kalkulację i złożenie oferty.

Odwołujący wniósł o przedłużenie terminu uruchomienia łączy przewidzianego w rozdziale VII ust. 2 SIWZ do 24 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.

3. [Obowiązek uzyskania zgody na posłużenie się podwykonawcą]

W § 3 ust. 12 wzoru Umowy Zamawiający wprowadził obowiązek uzyskania zgody Zamawiającego na posłużenie się podwykonawcami, natomiast w § 12 ust. 6 przewidziana została kara umowna w wysokości 20.000 zł. zastrzeżona na wypadek posłużenia się podwykonawcą bez zgody Zamawiającego. Powyższe zastrzeżenia utrudniają znacząco sporządzenie i złożenie oferty, bowiem wykonawcy nie są w stanie na etapie składania oferty, przewidzieć z jakich konkretnie podwykonawców będą zmuszeni skorzystać. Podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest w szczególności wdrożenie usługi w blisko 5000 lokalizacji na terenie całej Polski. Dodatkowo, zgodnie z § 8 ust. 2 wzoru umowy, możliwe jest też zrealizowanie łączy w nowych lokalizacjach, niewskazanych w SIWZ. Możliwość

dowolnego decydowania o zgodzie na posłużenie się podwykonawcą oznacza, że wykonawca musi założyć wykonanie pełnego zakresu prac własnymi zasobami, a więc w szczególności musi poczynić istotne inwestycje w te zasoby (np. zatrudnić pracowników zdolnych obsłużyć uruchomienie usługi). Wymaganie takie dodatkowo preferuje operatorów największych, posiadających najliczniejszy personel własny na terenie całej Polski. W ocenie Odwołującego, powyższe zapisy wzoru umowy nie tylko naruszają art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 1 ustawy Pzp, lecz także art. 36b tej ustawy, który wyznacza zakres uprawnień Zamawiającego w stosunku do podwykonawstwa. Przepis ten wyraźnie wskazuje, że wskazania konkretnych nazw (firm) podwykonawców Zamawiający może żądać tylko wówczas, gdy wykonawca powołuje się na ich zasoby na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Tylko w takim wypadku ustawa przewiduje też dodatkowe obowiązki wykonawcy w razie zmiany danego podwykonawcy w toku realizacji umowy. Oznacza to, że Zamawiający nie jest uprawniony do wprowadzania restrykcji dalej idących, w szczególności nie może wprowadzić ograniczenia w posłużeniu się podwykonawcami, na zasoby których wykonawca nie powołuje się w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o wykreślenie zdania pierwszego § 3 ust. 12 oraz całego § 12 ust. 6 wzoru umowy.

4. [Poufność listy placówek]

Zgodnie z rozdziałem V ust. 3 SIWZ, dokument zawierający Wykaz Lokalizacji (Załącznik nr 12 do SIWZ) stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego, której nieuprawnione przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie przez Wykonawcę w sposób zagrażający lub naruszający interes Zamawiającego będzie skutkowało pociągnięciem Wykonawcy do odpowiedzialności, w szczególności odszkodowawczej. Wykonawca jest zobowiązany zachować przekazane mu dokumenty w poufności i może je wykorzystać wyłącznie na potrzeby sporządzenia oferty. Dokumenty te będą udostępnione jedynie w formie plików w formacie xts zapisanych na nośniku CD/DVD. Warunkiem udostępnienia ww. dokumentów jest złożenie przez Wykonawcę prawidłowo uzupełnionego / podpisanego oświadczenia o zachowaniu poufności, którego wzór stanowi Załącznik nr 9 do SIWZ. Oświadczenie o zachowaniu poufności powinno być złożone w formie pisemnej i dostarczone na adres Pełnomocnika Zamawiającego. Wykonawca stwierdził, że informacje kluczowe dla wyznaczania oferowanej ceny, zostaną udostępnione jedynie wykonawcom, pod warunkiem spełnienia przez nich określonych warunków, co oznacza, że nie mogą oni tych informacji udostępnić osobom trzecim, w szczególności możliwym podwykonawcom, w celu zebrania od nich ofert na realizację części zakresu prac. Zamawiający może co prawda wyrazić zgodę na takie udostępnienie, ale zależy to wyłącznie od jego uznania, w

szczegółności nie zostały zdefiniowane jakiegokolwiek przesłanki odmowy udzielenia takiej zgody. W ocenie Odwołującego, utajnienie części informacji składających się na SIWZ jest w trybie przetargu nieograniczonego niedopuszczalne, a art. 138c ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie może uzasadniać ograniczenia jawności w odniesieniu do tego dokumentu. Dodatkowo, omawiane zapisy naruszają także art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, albowiem skutkiem wprowadzenia omawianego zastrzeżenia jest przede wszystkim utrudnienie przygotowania oferty tym wykonawcom, którzy zamierzają w pewnej części skorzystać z usług podwykonawców. Jeżeli bowiem wykonawca chce zwrócić się do potencjalnego podwykonawcy z prośbą o wycenę prac, musi wskazać mu lokalizację, w jakiej prace te będą realizowane - w innym wypadku wycena nie może być rzetelna. Odwołujący podkreśla, że dnia 22.09.2014r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyrażenie zgody na udostępnienie listy placówek podwykonawcom i do dnia złożenia niniejszego odwołania nie uzyskał odpowiedzi.

Odwołujący wniósł o wykreślenie rozdziału V ust. 3 SIWZ i ujawnienie listy placówek zawartej w Załączniku nr 12 do SIWZ.

5. [Nakaz współpracy z innym wykonawcą]

Zgodnie z postanowieniami § 17 wzoru umowy, Zamawiający wymaga potwierdzenia, że wykonawcy są świadomi, iż Zamawiający „będzie wdrażał projekt Modernizacji telefonii głosowej w Poczcie Polskiej S.A” oraz przewiduje konieczność współpracy wykonawcy przedmiotowego zamówienia z wykonawcą tego projektu. Wykonawca podkreślił, że zakres i jakiegokolwiek uwarunkowania projektu Modernizacji telefonii głosowej w Poczcie Polskiej S.A. nie są na obecnym etapie znane, a więc nie mogą być uwzględnione przy sporządzeniu oferty. Omawiana regulacja nakłada przy tym obowiązek zawarcia z nieznanym podmiotem porozumienia, którego treść także nie jest obecnie znana. W szczególności zgodnie z § 17 ust. 1 wzoru umowy, Wykonawca jest zobowiązany do zawarcia z Zamawiającym oraz wykonawcą projektu „Modernizacji telefonii głosowej w Poczcie Polskiej S.A.” porozumienia trójstronnego (dalej jako „Porozumienie Trójstronne”), w którym ustalone zostaną zasady współpracy i odpowiedzialności każdego z wykonawców, w zakresie w jakim będzie to konieczne z uwagi na konieczność wykonywania prac należących do wspólnego zakresu przedmiotowego obu projektów. Wiadomo natomiast, że porozumienie to ma zgodnie z zamiarem Zamawiającego regulować kwestie o znaczeniu istotnym dla zakresu zobowiązań oraz odpowiedzialności wykonawców, a tym samym dla oceny kosztów i ryzyka związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia (zgodnie z § 17 ust. 4 porozumienie to będzie w szczególności określać sposoby rozwiązywania problemów technicznych, usuwania awarii etc., oraz odpowiedzialność wobec Zamawiającego za niewykonanie „wspólnego zakresu

przedmiotowego projektów7'). Odwołujący stwierdził, że to Zamawiający jest stroną umowy i to Zamawiający posiada narzędzia umożliwiające wpływ na działania wykonawców różnych zamówień. To Zamawiający odpowiada też za koordynację czasową i merytoryczną realizacji różnych projektów w swojej organizacji. Wykonawca nie może zaciągnąć zobowiązania do podjęcia współpracy z niezdefiniowanym bliżej podmiotem (zapewne konkurencyjnym), w zupełnie nieznanym zakresie merytorycznym i na nieznanymi warunkach, o nieznanym wpływie na realizację przedmiotowego zamówienia. Wiedza przekazana przez Zamawiającego nie pozwala stwierdzić w szczególności, czy realizacja projektu Modernizacji telefonii głosowej w Poczcie Polskiej S.A. będzie mogła wpłynąć na harmonogram realizacji przedmiotowego zamówienia, albo jakie uwarunkowania techniczne wynikające z realizacji tego projektu będą musiały zostać uwzględnione przy świadczeniu usług objętych przedmiotowym zamówieniem. Podał także, że Zamawiający wprowadzając omawiane wymaganie ponownie narusza art. 29 ust 1 ustawy Pzp z uwagi na niezagwarantowanie wykonawcom wszystkich informacji, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący wniósł o wykreślenie § 17 wzoru umowy oraz o wskazanie w SIWZ wszelkich informacji dotyczących projektu Modernizacji telefonii głosowej w Poczcie Polskiej S.A., które mogą mieć wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia.

Sygn. akt: KIO 2000/14

Odwołujący - GTS Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [Odwołujący lub wykonawca GTS] wskazał w odwołaniu na naruszenie następujących przepisów:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób, który uniemożliwia określenie jaką ilością zrealizowanych lub realizowanych zamówień ma się wykazać wykonawca, a tym samym określenie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (rozdział IX ust. 3 lit. a i b SIWZ);
2. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim w załączniku nr 3 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”):

- a) Zamawiającego ograniczył możliwość realizacji Usługi z wykorzystaniem łączy radiowych jedynie do sytuacji w której Wykonawca nie może dostarczyć łącza kablowego dla kategorii T1-T6 oraz po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym, jak również w zakresie, w jakim Zamawiający ograniczył możliwość realizacji Usług przy użyciu łącza typu radiolinia punkt-punkt pracujących w częstotliwościach koncesjonowanych (rozdział 1 ust. 2 pkt 2 OPZ);
 - b) urządzenia nadawcze muszą być zainstalowane na dwóch oddzielnych masztach oraz ich kierunki nadawania muszą być zorientowane między sobą pod kątem nie mniejszym niż 90 stopni (rozdział 1 ust. 2 pkt 7 OPZ);
 - c) Zamawiający przewidział zbyt krótki okres na przeprowadzenie Prac Wdrożeniowych i rozpoczęcie świadczenia usług (rozdział VII ust. 2 SIWZ i rozdział 3 ust. 2 pkt 1 OPZ oraz § 2 ust. 3 Projektu umowy);
 - d) Dla Lokalizacji posiadających więcej niż jedno łącze bonifikaty za niedotrzymanie parametrów SLA będą naliczane niezależnie dla każdego z łączy (podstawowe i zapasowe) od wartości 60% Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji (rozdział 5 ust. 1 pkt 5 OPZ);
 - e) W przypadku wystąpienia Awarii Masowej czas niedostępności dla każdego łącza będzie liczony jako dziesięciokrotność czasu trwania Awarii Masowej (rozdział 5 ust. 1 pkt 6 OPZ);
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 144 ust. 1 Pzp w zw. z art. 140 ust. 1 Pzp poprzez zastrzeżenie dla Zamawiającego prawa rozbudowy sieci WAN_PP o dodatkowe Lokalizacje, zmiany lokalizacji, rezygnacji z lokalizacji, nieodpłatnego zawieszenia Usług w danej Lokalizacji, zmiany prędkości łączy dostępowych, migrację łączy dostępowych do sieci Internet (T7) lub do sieci IP VPN - zgodnie z postanowieniami § 8 Umowy (rozdział 3 ust. 1 pkt 1 OPZ oraz § 8 ust. 1, 2, 3 i 10 Projektu umowy);
4. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w zakresie w jakim zastrzeżono, że każdy z Wykonawców jest uprawniony do udziału w wizji lokalnej w maksymalnie 20 wybranych Lokalizacjach, przy czym złożenie wniosku o przeprowadzenie wizji lokalnych w większej liczbie Lokalizacji może być podstawą do nie wyrażenia zgody na przeprowadzenie wizji lokalnych oraz w zakresie, w jakim Zamawiający może odmówić zgody na przeprowadzenie wizji lokalnej w danej Lokalizacji „z innych uzasadnionych przyczyn” (rozdział XI ust. 8 SIWZ);
5. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 138 c ust. 1 pkt 1) Pzp w zakresie, w jakim Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek nieujawniania Informacji Poufnych podwykonawcom, którym Wykonawca zamierza powierzyć realizację części zamówienia (rozdział V ust. 3 w zw. z załącznikiem nr 9 do SIWZ);

6. art. 353 (1) i art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp poprzez narzucenie przez Zamawiającego wysokości Opłaty Instalacyjnej dla każdej kategorii Lokalizacji (w tym dla Opcji), która nie może przekroczyć dwukrotnej miesięcznej opłaty z tytułu świadczenia usług transmisji danych (rozdział XVI ust. 6 SIWZ);
7. art. 353 (1) w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie załącznika nr 10 do SIWZ Projekt umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim:
- a) w terminie 10 Dni Roboczych od przekazania dokumentów Zamawiający przeprowadzi własne zdalne testy parametrów łącza danej lokalizacji z wykorzystaniem Systemu Monitorowania dostarczonego przez Wykonawcę oraz własnych narzędzi bez określenia procedury postępowania w sytuacji gdy Zamawiający nie przystąpi do przeprowadzenia testów parametrów łącza (§4 ust. 3 Projektu umowy);
 - b) Wykonawca złoży nieodwołalną ofertę zainstalowania niezbędnej infrastruktury sieciowej oraz świadczenia Usługi w sposób umożliwiający osiągnięcie dwukrotnie (dwu lub czterokrotnie w przypadku łącza kategorii T1) większej przepustowości niż wymagana dla danej kategorii łącza (§7 ust. 1 i 2 Projektu umowy);
 - c) termin realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż 30 dni od momentu złożenia oświadczenia przez Zamawiającego (§7 ust. 4 Projektu umowy);
 - d) Zamawiający ma prawo do rezygnacji z łącza w danej Lokalizacji, co będzie równoznaczne z wypowiedzeniem Umowy w odniesieniu do tej lokalizacji (§8 ust. 1 Projektu umowy);
 - e) Zamawiający ma prawo do zamówienia, w uzgodnieniu z Wykonawcą, instalacji łącza w kategorii od T1 do T7 w dowolnej liczbie nowych Lokalizacji, a termin ukończenia Prac Wdrożeniowych przez Wykonawcę dla nowej Lokalizacji nie będzie dłuższy niż 3 miesiące od momentu złożenia oświadczenia przez Zamawiającego (§8 ust. 2 Projektu umowy);
 - f) Zamawiający jest uprawniony do czasu rozpoczęcia Prac Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji, do żądania instalacji w Lokalizacji łącza odmiennej kategorii (wyższej lub niższej) niż określona w wykazie Lokalizacji (§8 ust. 3 Projektu umowy);
 - g) Zamawiający ma prawo do czasowego (na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy z rzędu), zawieszenia świadczenia przez Wykonawcę Usług kategorii T4- T7 w danej Lokalizacji, a w trakcie okresu zawieszenia świadczenia Usług Wykonawca nie jest uprawniony do pobierania Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji (§8 ust. 10 Projektu umowy);
 - h) Dla Lokalizacji z wymaganymi łączami zapasowymi do czasu odbioru łącza podstawowego i zapasowego Zamawiający będzie uiszczal Wynagrodzenie za Usługi w

wysokości 40% wartości usługi w danej Lokalizacji (rozdział 3 ust. 2 pkt 2 OPZ oraz § 10 ust. 5 Projektu umowy);

- i) W przypadku, gdy dla danej Lokalizacji wysokość bonifikat udzielanych zgodnie z postanowieniami rozdziału 5 OPZ w dwóch następujących po sobie miesiącach przekroczy 50% miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi dla tej Lokalizacji, Zamawiający może zrezygnować z łącza w Lokalizacji bez konieczności zastosowania procedury, o której mowa w § 8 ust. 1 Umowy i niezwłocznie zlecić świadczenie Usług w tej Lokalizacji podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy (§12 ust. 7 Projektu umowy);
- j) wykonawca w zależności od przypadku, o ile jest to wymagane w warunkach ubezpieczenia, zawiadomi firmy ubezpieczeniowe o wszelkich zmianach dotyczących sposobu realizacji umowy. Bez uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego Wykonawca nie może wprowadzać żadnych istotnych zmian do warunków ubezpieczeń (§18 ust. 4 Projektu umowy);
- k) jeżeli wykonawca nie utrzyma ubezpieczenia, o który mowa w ust. 1, Zamawiający może zawrzeć i utrzymać takie ubezpieczenie i regularnie będzie mógł potrącać składkę na takie ubezpieczenie z dowolnej kwoty należnej Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy (w tym odpowiednie podatki i opłaty oraz koszty usług pośredników), które Zamawiający będzie musiał zapłacić ubezpieczycielowi lub które to składki będą bezzwłocznie w inny sposób zwracane przez Wykonawcę (§18 ust. 5 Projektu umowy);

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w sposób następujący:

1. modyfikację warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez jednoznaczne określenie, że w celu wykazania spełniania warunku określonego w rozdziale IX ust. 3 lit. a) i lit. b) SIWZ wykonawca może wykazać się realizacją dwóch zamówień, z których każde spełnia zarówno wymogi określone w lit. a) jak i b);
2. modyfikację OPZ poprzez dopuszczenie możliwości realizacji przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem technologii kablowej lub radiolinii w paśmie koncesjonowanym punkt - wielopunkt jako równoważnych metod dostępu dla wszystkich kategorii łączy;
3. modyfikację rozdziału 1 ust. 2 pkt 7 OPZ, poprzez wykreślenie „Urządzenia nadawcze muszą być zainstalowane na dwóch oddzielnych masztach oraz ich kierunki nadawania muszą być zorientowane między sobą pod kątem nie mniejszym niż 90 stopni. ”
4. modyfikację OPZ i Projektu umowy poprzez wskazanie, że Prace Wdrożeniowe polegające na dostarczeniu, skonfigurowaniu i wdrożeniu infrastruktury (łącza, sprzęt, oprogramowanie), niezbędnej do świadczenia usług sieci WAN_PP w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego zostaną zrealizowane przez Wykonawcę najpóźniej w

- okresie do 24 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, liczba lokalizacji uruchomianych w poszczególnych miesiącach zostanie uzgodniona przez Wykonawcę z Zamawiającym;
5. zastąpienie obecnego brzmienia rozdziału 5 ust. 1 pkt 5 OPZ następującym: „Dla Lokalizacji posiadających więcej niż jedno łącze bonifikaty za niedotrzymanie parametrów SLA będą naliczane niezależnie dla każdego z łączy (podstawowe i zapasowe) w wysokości 50% Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji. Łączna bonifikata naliczona za niedotrzymanie parametrów SLA dla łącza podstawowego i zapasowego w jednej Lokalizacji nie może przekroczyć 100% Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji. ”
 6. wykreślenie rozdziału 5 ust. 1 pkt 6 OPZ;
 7. modyfikację rozdziału 3 ust. 1 pkt 1 OPZ oraz odpowiednich postanowień §8 Projektu Umowy poprzez wskazanie minimalnego zakresu zamówienia który zostanie powierzony Wykonawcy do realizacji;
 8. modyfikację rozdziału XI ust. 8 SIWZ poprzez wskazanie, że wykonawca może przeprowadzić wizję lokalną dla wybranej przez siebie liczby lokalizacji;
 9. modyfikację rozdziału V ust. 3 i załącznika nr 9 do SIWZ poprzez umożliwienie udostępniania przez wykonawcę Informacji Poufnych podwykonawcom i podmiotom, od których wykonawca będzie dzierżawił infrastrukturę techniczną na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia;
 10. modyfikację rozdziału XVI ust. 6 SIWZ poprzez wskazanie, że wysokość zaoferowanej przez wykonawcę Opłaty Instalacyjnej dla każdej kategorii Lokalizacji (w tym dla Opcji) nie może przekraczać czterokrotnej miesięcznej opłaty z tytułu świadczenia usług transmisji danych;
 11. modyfikację § 4 ust. 3 Projektu umowy poprzez wskazanie, że w przypadku gdy w terminie 10 Dni Roboczych od przekazania dokumentów Zamawiający nie przeprowadzi własnych - zdalnych testów parametrów łącza przyjmuje się, że Zamawiający podpisał Częściowy Protokół Odbioru dla danej Lokalizacji.
 12. modyfikację § 4 ust. 3 Projektu umowy poprzez wskazanie, z jakich własnych narzędzi do przeprowadzania zdalnych testów parametrów łącza będzie korzystał Zamawiający;
 13. modyfikację § 7 ust. 1 i 2 Projektu umowy poprzez wskazanie, że osiągnięcie dwukrotnie (dwu lub czterokrotnie w przypadku łącza kategorii T1) większej przepustowości niż wymagana dla danej kategorii łącza będzie następowało w terminach i w zakresie określonym w harmonogramie planowanych zmian przepustowości oraz zmian klasy łącza, który Zamawiający udostępni przed upływem terminu składania ofert (jako załącznik do treści SIWZ);
 14. zastąpienie obecnego brzmienia § 7 ust. 4 Projektu umowy następującym: „Zamawiający może skorzystać z prawa zamówienia Opcji w całym okresie realizacji Umowy. Termin

realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż 2 miesiące od momentu złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 5. ”

15. modyfikację §8 ust. 2 Projektu umowy poprzez wskazanie, że termin ukończenia Prac Wdrożeniowych przez Wykonawcę dla nowej Lokalizacji nie może nie będzie dłuższy niż 6 miesięcy od złożenia oświadczenia przez Zamawiającego;
16. modyfikację §8 ust. 10 Projektu umowy poprzez wskazanie, że w trakcie okresu zawieszenia świadczenia Usług Wykonawca jest uprawniony do pobierania 50% i Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji;
17. modyfikację § 10 ust. 5 Projektu Umowy poprzez wskazanie, że w okresie I pomiędzy odbiorem łącza podstawowego a odbiorem łącza zapasowego J Wynagrodzenie za Usługi będzie wynosiło 50% Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji;
18. wykreślenie § 12 ust. 7 Projektu umowy;
19. wykreślenie § 18 ust. 4 i 5 Projektu umowy. j

W uzasadnieniu podniesionych w odwołaniu zarzutów wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

I. Zarzut dotyczący warunków udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie.

Zgodnie z rozdziałem IX ust. 3 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy: a) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali (wykonują) co najmniej 2 (dwa) zamówienia, których przedmiotem były (są) usługi transmisji danych dla co najmniej 2 (dwóch) różnych infrastruktur sieciowych IP VPN przy czym każda z usług była (jest) wykonywana dla co najmniej 100 lokalizacji i była świadczona nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy, oraz b) ·w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali (wykonują) co najmniej 2 (dwa) zamówienia, których przedmiotem w przypadku każdego z zamówień były (są) usługi wdrożenia urządzeń monitoringu lub usługi typu NOC (Network Operation Center) rozległej infrastruktury urządzeń sieci WAN obejmujących co najmniej 100 łączy i co najmniej 100 routerów CE. Na podstawie tak sformułowanego warunku udziału w postępowaniu nie jest możliwym jednoznacznie określenie czy wykonawca ma się wykazać realizacją czterech usług - dwóch opisanych w lit. a) i dwóch opisanych w lit. b) czy dwóch usług, z których każda spełnia zarówno wymogi określone w lit. a) jak i b).

Usługa opisana w lit. b) nie jest standardową usługą pozyskiwaną w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż jest ona zazwyczaj wykonywana w ramach świadczenia usług operatora sieci WAN (nie jest udzielana w ramach oddzielnego

postępowania o udzielenie zamówienia). Niejednoznaczne brzmienie warunku udziału w postępowaniu uniemożliwia wykonawcom zamierzającym ubiegać się o udzielenie zamówienia ocenę czy spełniają oni warunki udziału w postępowaniu, a na etapie badania i oceny ofert może doprowadzić do dokonywania przez Zamawiającego arbitralnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

II. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.

Zdaniem wykonawcy Zamawiający dokonując opisu zakresu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Postawione przez Zamawiającego wymogi, jakie muszą spełniać oferowane usługi utrudniają uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a powyższe dotyczy:

1. Ograniczenia możliwości świadczenia usług z wykorzystaniem łączy radiowych

Zgodnie z rozdziałem 1 ust. 2 pkt 2 OPZ „W przypadku, kiedy Wykonawca nie może dostarczyć łącza kablowego dla kategorii T1-T6, wówczas po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym, Zamawiający może dopuścić realizację Usług z wykorzystaniem łączy radiowych. Wykonawca zobowiązany jest do używania łączy typu radiolinia punkt - punkt pracujących w częstotliwościach koncesjonowanych”. Oznacza to, że przy realizacji zamówienia, wykonawcy zobowiązani są, spośród różnych dostępnych rozwiązań, realizować przedmiot zamówienia poprzez zastosowanie technologii kablowej. Technologia radiowa jest dopuszczalna jedynie w sytuacji, w której Wykonawca nie może dostarczyć łącza kablowego dla kategorii T1-T6 oraz po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym. Takie ograniczenie dopuszczalności możliwości korzystania z alternatywnej technologii świadczenia usług - technologii radiowej - nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego ani nie wynika ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Dalej podał, że (...) Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171 poz. 1800) nie różnicuje technologii świadczenia usług telekomunikacyjnych, a jedynie gwarantuje odbiorcy końcowemu otrzymanie usługi o określonej jakości i wyznacza dostawcy usługi określone obowiązki w tym zakresie. Z punktu widzenia odbiorcy końcowego (Zamawiającego) nie ma więc znaczenia, w jakiej technologii dostarczane są mu usługi. Technologia radiowa nie jest gorsza od dostępu kablowego (światłowodowego, miedzianego). Nie ma uzasadnienia dla ograniczenia w świadczeniu usług, gdyż pasma radiowe licencjonowane są przeznaczone do profesjonalnych zastosowań telekomunikacyjnych. Korzystanie z tych pasm radiowych poza spełnieniem technicznych wymagań (w Polsce obowiązują normy ETSI) jest dodatkowo rejestrowane i koordynowane przez UKE. Koordynacja stosowania kanałów radiowych jest przeprowadzana w celu: sprawdzania, czy dane urządzenie może być stosowane na terenie kraju; zapewnienia braku

wzajemnych zakłóceń pomiędzy urządzeniami radiowymi na terenie kraju jak też w krajach sąsiadujących; wydania lub odmowy pozwolenia radiowego; naliczenia opłat dla używania danego zasobu radiowego. Aby zapewnić wysoką i skalowaną niezawodność łącza, stosowane są odpowiednie rekomendacje planistyczne opracowane przez międzynarodowe organizacje zajmujące się radiokomunikacją (np. ITU-R). Odpowiednio zaprojektowana i zainstalowana radiolinia może zapewnić łącze do transmisji danych, którego niezawodność osiąga wartość nawet 99,9999% w skali roku. W zakresie bezpieczeństwa danych w warstwie fizycznej (pierwsza warstwa modelu OSI) i łącza danych (druga warstwa modelu OSI), jaką bez wątpienia stanowią linie radiowe, poziom zabezpieczeń jest na tym samym poziomie, co inne technologie realizacji łącza ostatniej mili. Są to rozwiązania telekomunikacyjne zaaprobowane przez międzynarodowe organizacje standaryzacyjne (ITU, ETSI, IEEE i IEF). Dlatego dla Zamawiającego nie powinno mieć to znaczenia, w jakiej technologii są realizowane dostarczone mu usługi, w sytuacji, gdy technologia radiowa umożliwia osiągnięcie celu zamówienia i oferuje i parametry usługi na wymaganym przez Zamawiającego poziomie. Wskazał, że zagadnienie równoważności zastosowania technologii radiowej i kablowej było rozpatrywane m.in. w wyroku z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 442/08. Zdaniem Odwołującego, dopuszczenie zastosowania technologii radiowej w każdym przypadku, a nie jedynie w sytuacji braku możliwości dostarczenia łącza kablowego dla określonego rodzaju łącza, może okazać się dla Zamawiającego bardziej korzystne, choćby ze względu na obniżenie kosztów świadczenia usługi przy zachowaniu tych samych parametrów i pełnej funkcjonalności. Niższa cena wynikałaby z jednej strony z niższych kosztów realizacji usługi w innej niż kablowa technologii, z drugiej zaś stanowiłaby efekt rozszerzenia kręgu potencjalnych wykonawców i zapewnienia konkurencyjności postępowania. Postawienie wymagania zastosowania technologii kablowej w sposób nieuprawniony preferuje wykonawcę posiadającego najbardziej rozbudowaną infrastrukturę kablową, czyli Orange Polska S.A. (poprzednio: Telekomunikacja Polska S.A.) naruszając tym samym zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Jedynie dla tego wykonawcy ustalone przez Zamawiającego zastrzeżenie realizacji przedmiotu zamówienia z zastosowaniem łącza kablowych nie stanowi bariery uniemożliwiającej złożenie oferty w niniejszym postępowaniu. Inni wykonawcy, w celu realizacji przedmiotu zamówienia muszą pozyskać łącza kablowe (wydzierżawić je) od tego wykonawcy. Przy czym, wykonawca ten może sam być zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Z kolei wybudowanie dodatkowej infrastruktury dla połączenia kablowego stanowi przedsięwzięcie kosztowne, znajdujące bezpośrednie przełożenie na cenę ofert wykonawców. Ograniczenie możliwości korzystania z technologii radiowej nie znajduje również uzasadnienia w świetle brzmienia rozdziału 1 ust. 2 pkt 3 OPZ, w brzmieniu „w przypadku Lokalizacji T7, gdzie Wykonawca lub inny lokalny operator nie może dostarczyć

usług w technologii kablowej lub radiolinii w paśmie koncesjonowanym (preferowanych metod dostępu dla tych kategorii), wówczas po uprzedni uzgodnieniu z Zamawiającym, Zamawiający może dopuścić realizację Usług, innych technologii radiowych w paśmie niekoncesjonowanym lub technologii radiowej 3G/CDMA/LTE. Tym samym, dla Lokalizacji T7 Zamawiający nie tylko dopuścił łącze radiowe w paśmie koncesjonowanym jako jedną z preferowanych metod dostępu dla tej kategorii, ale również przewidział, że może dopuścić inne alternatywne metody świadczenia usług tj. technologię radiową w paśmie niekoncesjonowanym lub technologię radiową 3G/CDMA/LTE

2. Ograniczenie korzystania z łączy radiowych jedynie do łączy typu radiolinia punkt - punkt pracujących w częstotliwościach koncesjonowanych

Zgodnie z rozdziałem 1 ust. 2 pkt 2 OPZ, „W przypadku, gdy Wykonawca będzie miał możliwość świadczenia usług z zastosowaniem technologii radiowej będzie on zobowiązany do używania łączy typu radiolinia punkt - punkt pracujących w częstotliwościach koncesjonowanych”. Jedyną dopuszczoną przez Zamawiającego technologią radiową jest system punkt-punkt w paśmie licencjonowanym. Jakkolwiek zrozumiałe jest, że Zamawiający nie dopuszcza pasma nielicencjonowanego, takie zastrzeżenie realizacji zamówienia jedynie w systemie punkt-punkt stanowi kolejne, nieuzasadnione ograniczenie możliwości wykonawcy do złożenia konkurencyjnej oferty i ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego. Dopuszczenie technologii radiowej w systemie punkt - wielopunkt będzie dla Zamawiającego korzystne, ponieważ pozwoli na obniżenie kosztów po stronie wykonawcy, a tym samym na zaoferowanie konkurencyjnej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Należy przy tym podkreślić, że dopuszczenie tej technologii w paśmie koncesjonowanym nie wpłynie negatywnie na bezpieczeństwo świadczenia usług, czy na ich jakość. Tym samym, brak możliwości realizacji usług w technologii radiowej w systemie punkt-wielopunkt stanowi rażące naruszenie dyspozycji art. 29 Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję.

3. Instalacja i kąt ustawienia urządzeń nadawczych.

Zamawiający w rozdziale 1 ust. 2 pkt 7 OPZ wprowadził wymóg, że jeżeli oba łącza (podstawowe i zapasowe) będą oparte na dostępie radiowym, oba łącza zostaną zakończone na dwóch niezależnych węzłach dostępowych w sieci Wykonawcy. Urządzenia nadawcze muszą być zainstalowane na dwóch oddzielnych masztach oraz ich kierunki nadawania muszą być zorientowane między sobą pod kątem nie mniejszym niż 90 stopni. Wprowadzenie takiego wymogu nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Realizacja łączy radiowych przy separacji wiązek mniejszej niż 90 stopni nie wpływa negatywnie na pracę łączy (nie powoduje zakłóceń w jego pracy). Jakkolwiek

ewentualne zakłócenia są eliminowane przez zastosowanie pasma licencjonowanego. Pasma to jest płatne i za przyznane pasma częstotliwości i odpowiednie kanały pracy odpowiada Urząd Komunikacji Elektronicznej. Wobec tego radiolinie mogą pracować na zupełnie innych kanałach częstotliwości w innych pasmach. Przykładem mogą być dowolne węzły telekomunikacyjne z urządzeniami radiowymi, gdzie anteny skierowane są w kierunkach o różnicy wiązek od kilku do kilkunastu stopni. Dalej podał, że postawienie wymogu, by oferowane łącza radiowe nie mogły wykorzystywać jednego masztu zainstalowanego w danej lokalizacji nie jest uzasadnione z technicznego punktu widzenia i dyskryminuje Wykonawców wykorzystujących do świadczenia usługi technologie radiowe. W przypadku konieczności pozyskania powierzchni dachowej od właściciela obiektu, takie wymaganie może podwoić ewentualne koszty dzierżawy powierzchni dachowej, a tym samym takie rozwiązanie nie będzie stanowiło realnej alternatywy dla operatora świadczącego usługi w oparciu o łącza kablowe. Wprowadzenie tego wymogu, wyklucza możliwość wykorzystania istniejącej infrastruktury Wykonawcy w danej miejscowości lub różnych miejscowościach gdzie dwa węzły telekomunikacyjne podpięte są do różnych PE, a separacja wiązek jest mniejsza niż 90 stopni. Powyższe powoduje, że pomimo posiadania odpowiedniej infrastruktury w oparciu o którą wykonawca mógłby w należyty sposób świadczyć usługi dla Zamawiającego, będzie on zmuszony do wybudowania nowych instalacji tylko dlatego, że kierunki nadawania przez urządzenia nadawcze muszą być zorientowane między sobą pod kątem nie mniejszym niż 90 stopni. Powyższe spowoduje nieuzasadnione zwiększenie kosztów realizacji łączy, wynikających z konieczności budowy przez Wykonawcę nowych węzłów telekomunikacyjnych jako punktów pośrednich, przez które będzie realizowana transmisja radiowa, co w całości wpłynie na nieuzasadnione zwiększenie kosztów realizacji usługi. Wykonawca wskazał, że omawiana kwestia była już przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej [sygn. akt KIO 2172/13, KIO 2177/13].

4. Przeprowadzenie Prac Wdrożeniowych i rozpoczęcie świadczenia usług.

Stosownie do rozdziału VII ust. 1 SIWZ, termin wykonania zamówienia wynosi 48 miesięcy od dnia zawarcia Umowy albo do momentu i wyczerpania kwoty określonej w § 10 ust. 1 Umowy. Przy czym, zgodnie z ust. 2 tego rozdziału, Prace Wdrożeniowe polegające na dostarczeniu, skonfigurowaniu i wdrożeniu infrastruktury (łącza, sprzęt, oprogramowanie), niezbędnej do świadczenia usług sieci WAN_PP w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego zostaną zrealizowane przez Wykonawcę najpóźniej w okresie do 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Analogiczne postanowienia w tym zakresie zostały zamieszczone w § 2 Projektu umowy, w którym wskazano, że przedmiot umowy został podzielony na dwa podstawowe etapy: etap Prac Wdrożeniowych oraz etap świadczenia Usług. Z § 2 ust. 2 Projektu umowy wynika z kolei, że pierwsze 12 miesięcy będzie

obejmowało wykonanie Prac Wdrożeniowych przez Wykonawcę, a kolejnych 36 miesięcy będzie obejmowało faktyczne świadczenie usług, z zastrzeżeniem § 3 ust. 9 Umowy. Dalej Odwołujący podał, że przedmiot zamówienia obejmuje 4 762 Lokalizacje, a Zamawiający oczekuje, że w okresie wdrożenia Lokalizacje instalowane w poszczególne dni będą rozłożone równomiernie na obszarze Polski oraz, że w poszczególnych miesiącach będzie uruchamiane po około 500 lokalizacji (rozdział 3 ust. 3 pkt 3 OPZ). Skoro w miesiącu są średnio 22 dni robocze, to oznacza, że Wykonawca będzie zobowiązany do uruchomienia po około 23 lokalizacje dziennie. Biorąc pod uwagę skalę i zakres przedsięwzięcia, jak również uwarunkowania techniczne i organizacyjne świadczenia usług, a także nadchodzący okres zimowy, w ciągu którego niemożliwe jest przeprowadzanie prac związanych z układaniem infrastruktury kablowej należy stwierdzić, że przewidziany przez Zamawiającego okres 12 miesięcy na przeprowadzenie Prac Wdrożeniowych, choć pozornie wydaje się okresem wystarczającym, jest de facto zbyt krótki na uruchomienie tak dużej liczby lokalizacji. Niezależnie bowiem od technologii, w jakiej świadczone będą usługi telekomunikacyjne, należy mieć na względzie czas niezbędny, jakiego potrzebuje operator telekomunikacyjny na przygotowanie do świadczenia usługi (stworzenie możliwości technicznych realizacji zamówienia). Budowa łączy telekomunikacyjnych, czy też ich pozyskiwanie z zasobów innych operatorów telekomunikacyjnych, jest procesem czasochłonnym i wiąże się z podjęciem przez wyspecjalizowanych pracowników wykonawcy szeregu działań, w tym wydzierżawienia lub zestawienia łączy. Przy czym, nie można wymagać od wykonawcy, aby podjął te działania przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy tak dużej skali przedsięwzięcia, czas potrzebny na skoordynowanie i zestawienie wszystkich lokalizacji dodatkowo się wydłuża. Przykładowo wskazał, że w przypadku innych postępowań okres na przygotowanie do świadczenia usług był relatywnie dłuższy, biorąc pod uwagę liczbę lokalizacji nimi objętych: Ministerstwo Sprawiedliwości - 511 lokalizacji - około 6 miesięcy; Gaz System -65 lokalizacji - około 6 miesięcy; GDDKiA - 139 lokalizacji - 150 dni od dnia zawarcia umowy; Polska Spółka Gazownictwa -197 lokalizacji - od 120 do 210 dni (4 etapy); Ministerstwo Finansów - 719 lokalizacji -12 miesięcy; ZUS -343 lokalizacje - 6 miesięcy. Zdaniem wykonawcy, określenie zbyt krótkiego okresu na przeprowadzenie Prac Wdrożeniowych przy tak dużej skali zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez operatora alternatywnego i preferuje wykonawcę, który obecnie świadczy usługi dla Zamawiającego. Takie określenie terminu uruchomienia usługi preferuje bowiem tych spośród dostawców usług, którzy już świadczą usługi we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający nie jest uprawniony do powoływania się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, gdyż wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji zbyt późnego wszczęcia postępowania przez zamawiającego. Odwołujący stwierdził także, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia

powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób postanowienia SIWZ. Nie można dopuścić do sytuacji, w której to opis przedmiotu zamówienia, a nie zaoferowane w postępowaniu ceny i treść ofert, zdecydują komu Zamawiający udzieli zamówienia. Powyższe działanie Zamawiającego ma miejsce na etapie poprzedzającym składanie ofert, w konsekwencji czym z opisu przedmiotu zamówienia quasi warunków udziału w postępowaniu. Cel, który zamierza osiągnąć Zamawiający przeprowadzając przedmiotowe postępowanie (tj. uzyskanie usługi świadczenia publicznych usług telefonicznych) nie uzasadnia takiego ograniczenia. Stwierdził ponadto, że wskazanie przez Zamawiającego 12-miesięcznego terminu na przeprowadzenie Prac Wdrożeniowych jest w przypadku tego konkretnego postępowania nieuzasadnione, gdyż nie uwzględnia specyfiki przedmiotu zamówienia (konieczności podjęcia określonych czynności zmierzających do uruchomienia usługi). Powołał się również na treść opinii Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 26.01.2006r. wydanej w odpowiedzi na pytanie skierowane przez Prezesa UZP z której to opinii jednoznacznie wynika, iż określenie wspomnianego terminu (termin rozpoczęcia realizacji świadczenia usługi) przy uwzględnieniu skali przedsięwzięcia oraz uwarunkowań technicznych oraz organizacyjnych świadczenia usługi, stanowi barierę uniemożliwiającą złożenie oferty konkurencyjnej wobec dotychczasowego wykonawcy [wyrok Zespołu Arbitrów - sygn. akt UZP/ZO/0-533/06]. W konkluzji stwierdził, że mając na uwadze skalę i zakres zamówienia należy stwierdzić, że odpowiednim terminem umożliwiającym wykonawcy przeprowadzenie Prac Wdrożeniowych i należyte przygotowanie do rozpoczęcia świadczenia usług jest termin 24 miesiące od dnia podpisania umowy. Zwrócił uwagę na postanowienie § 3 ust. 9 Projektu Umowy [w brzmieniu „W przypadku podpisania Częściowego Protokołu Odbioru dla danej Lokalizacji przed upływem 12 (dwunastu) miesięcy (po modyfikacji 24 miesiące) od dnia zawarcia Umowy, Wykonawca będzie mógł rozpocząć świadczenie Usług w tej Lokalizacji a także pobierać z tego tytułu należne Wynagrodzenie za Usługi”.] podkreślając, że to postanowienie będzie stanowiło mobilizację dla Wykonawcy do jak najszybszego uruchomienia jak największej liczby Lokalizacji w ramach realizacji zamówienia.

5. Bonifikaty za niedotrzymanie parametrów SLA dla łączy podstawowych i zapasowych. Zgodnie z rozdziałem 5 ust. 1 pkt 5 OPZ, dla Lokalizacji posiadających więcej niż jedno łącze bonifikaty za niedotrzymanie parametrów SLA będą naliczane niezależnie dla każdego z łączy (podstawowe i zapasowe) od wartości 60% Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji. Przywołane postanowienie OPZ jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne nie można bowiem na jego podstawie określić, jakie bonifikaty zostaną nałożone na Wykonawcę.

6. Awaria masowa.

W rozdziale 5 ust. 1 pkt 6 OPZ wskazano, że „W przypadku wystąpienia Awarii Masowej czas niedostępności dla każdego łącza będzie liczony jako dziesięciokrotność czasu trwania Awarii Masowej. Zgodnie ze słownikiem pojęć zamieszczonym w OPZ przez Awarię Masową należy rozumieć „Wystąpienie awarii powodujących jednocześnie pozbawienie usługi dla minimum 10 Lokalizacji z tym samym problemem na danym obszarze lub w ramach podłączenia do konkretnych zasobów dostępowych, spowodowanych czynnikami leżącymi po stronie infrastruktury sieciowej Wykonawcy, zgłoszone przez Zamawiającego. Weryfikacja następuje na podstawie danych z Systemu Monitorowania. Wobec tego, godzinna awaria łączy w 10 Lokalizacjach jednocześnie będzie oznaczać 100 godzin niedostępności łącza. Takie ukształtowanie OPZ jest nieuzasadnione, gdyż naraża Wykonawcę na negatywne konsekwencje.

III. Zarzut dotyczący zastrzeżenia dla Zamawiającego prawa rozbudowy sieci WAN PP.

Zgodnie z rozdziałem 3 ust. 1 pkt 1 OPZ, Zamawiający zastrzega sobie prawo do rozbudowy sieci WAN_PP o dodatkowe Lokalizacje, zmiany Lokalizacji, rezygnacji z Lokalizacją, nieodpłatnego zawieszenia Usług w danej Lokalizacji, zmiany prędkości łączy dostępowych, migrację łączy dostępowych do sieci Internet (T7) lub do sieci IP VPN - zgodnie z postanowieniami § 8 Projekt umowy. Z kolei, stosownie do § 8 Projektu umowy, w brzmieniu: „1. Zamawiający ma prawo do rezygnacji z łącza w danej Lokalizacji, co będzie równoznaczne z wypowiedzeniem Umowy w odniesieniu do tej Lokalizacji. Okres wypowiedzenia łącza w danej Lokalizacji wynosi 30 dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec okresu rozliczeniowego. 3. Zamawiający jest również uprawniony, do czasu rozpoczęcia Prac Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji, do zażądania instalacji w Lokalizacji łącza odmiennej kategorii (wyższej albo niższej) niż określona w Wykazie Lokalizacji. W takim przypadku Wykonawca jest uprawniony do Opłaty Instalacyjnej oraz Wynagrodzenia za Usługę w wysokości odpowiadającej kategorii łącza, zgodnie z postanowieniami 5 10 ust. 3 Umowy”. Te postanowienia OPZ i Projektu umowy nie odpowiadają wymaganiom określonym w art. 29 ust. 1 Pzp, gdyż nie zostały sporządzone w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie pozwalają one ustalić zakresu ilościowego zamówienia lub przyczyn powodujących jego zmniejszenie. Takie sformułowanie postanowień OPZ i Projektu umowy powoduje, że wycena przez wykonawcę zamówienia jest znacznie utrudniona oraz przetrzuca na wykonawcę całe ryzyko wynikające z decyzji Zamawiającego, które w toku realizacji przedmiotu zamówienia nie podlegają żadnej kontroli. Zaniechanie

podania przez Zamawiającego, chociażby minimalnego, zakresu prac uniemożliwia wykonawcy ukształtowanie współpracy z innymi podmiotami, od których będzie dzierżawił infrastrukturę techniczną. Zdaniem Odwołującego, wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym określić, czy poniesione przez nich nakłady zostaną kompensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy) jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć przez jaki odcinek czasu i w jakim zakresie strony umowy pozostaną nią związane. W praktyce, w wypadku każdej umowy wiążącej się z nakładami, Wykonawca musi rozważyć, czy opłaty naliczone w okresie obowiązywania umowy pokryją poniesione nakłady oraz czy uzyskany w ten sposób przychód pozwoli na uzyskanie chociażby minimalnego zysku. Konieczność kształtowania przez Zamawiającego postanowień umowy w taki sposób, aby umożliwiły Wykonawcy dokonanie prawidłowej kalkulacji kosztów nie budzi wątpliwości w orzecznictwie [wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13.09.2005 r. sygn. V Ca 1110/04) oraz wyrok KIO - sygn. akt KIO 809/14]. W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający na podstawie posiadanej wiedzy i doświadczenia z lat ubiegłych oraz danych związanych ze świadczeniem usług, mógł określić minimalny zakres zamówienia, który z pewnością zostanie zrealizowany przez wykonawcę. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, że zaniechując tego dopuścił się naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Biorąc z kolei pod uwagę fakt, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy, a jego ostateczna wysokość zależy od Prac Wdrożeniowych Usług faktycznie zrealizowanych przez Wykonawcę, przywołane postanowienia Projektu umowy naruszają również art. 353 (1) i art.5 KC w związku z art.7, art.14, art. 29 oraz art.139 ustawy Pzp wprowadzając nadmierną nierówność stron stosunku zobowiązaniowego. Zamawiający będzie miał jednostronny wpływ na zakres świadczenia wykonawcy, który w toku realizacji zamówienia może ulec znacznemu zmniejszeniu w stosunku do zakresu określonego w ofercie, a co za tym idzie a wynagrodzenie wykonawcy.

IV. Zarzut dotyczący wizji lokalnej

Stosownie do rozdziału XI ust. 8 SIWZ, Pełnomocnik Zamawiającego przewiduje możliwość przeprowadzenia wizji lokalnych w Lokalizacjach wybranych przez wykonawcę na jego wniosek do którego należy dołączyć proponowany harmonogram wizji lokalnych. Pełnomocnik Zamawiającego poinformuje Wykonawcę o zgodzie lub me wyrażeniu zgody na przeprowadzenie wizji lokalnych wraz ze zweryfikowanym harmonogramem, którego treść jest wiążąca dla Wykonawcy. Pełnomocnik Zamawiającego zastrzega, że każdy z Wykonawców jest uprawniony do udziału w wizji lokalnej w maksymalnie 20 wybranych Lokalizacjach, przy czym złożenie wniosku o przeprowadzenie wizji lokalnych w większej

liczbie Lokalizacji może być podstawą do nie wyrażenia zgody na przeprowadzenie wizji lokalnych. Zamawiający może odmówić zgody na przeprowadzenie wizji lokalnej w danej Lokalizacji również z innych uzasadnionych przyczyn. Zamawiający zastrzega, że warunkiem udziału w wizji lokalnej jest złożenie przez Wykonawcę oświadczenia o zachowaniu poufności, o którym mowa w rozdziale 5 ust. 3. Odwołujący stwierdził, że z powyższego wynika, że w postępowaniu, którego przedmiotem jest zestawienie łączny w 4762 lokalizacjach Zamawiający dopuszcza wykonanie wizji dla maksymalnie 20 wybranych lokalizacji, co stanowi jedynie 0,42% wszystkich lokalizacji. Takie ograniczenie jest nieuzasadnione, zwłaszcza jeżeli uwzględnić fakt, że wizja lokalna jest czynnością korzystną dla stron umowy, pozwalającą na uniknięcie w przyszłości sytuacji spornych na tle realizacji kontraktu, która umożliwi wykonawcy uzyskanie informacji mających istotny wpływ na sporządzenie oferty. Biorąc powyższe pod uwagę, Wykonawca powinien mieć możliwość przeprowadzenia wizji lokalnej w dowolnie wybranej przez siebie liczbie lokalizacji.

V. Zarzut dotyczący zakazu przekazywania podwykonawcom i podmiotom od których wykonawca dzierżawi infrastrukturę Informacji Poufnych.

Stosownie do rozdziału V ust.3 SIWZ Dokument zawierający Wykaz Lokalizacji (załącznik nr 12 do SIWZ) stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego, której nieuprawnione przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie przez Wykonawcę w sposób zagrażający lub naruszający interes Zamawiającego będzie skutkowało pociągnięciem Wykonawcy do odpowiedzialności w szczególności odszkodowawczej. Wykonawca jest zobowiązany zachować przekazane mu dokumenty w poufności i może je wykorzystać wyłącznie na potrzeby sporządzenia oferty. Dokumenty te będą udostępnione jedynie w formie plików w formacie xls zapisanych na nośniku CD/DVVD. Warunkiem udostępnienia ww. dokumentów jest złożenie przez Wykonawcę prawidłowo uzupełnionego i podpisanego oświadczenia o zachowaniu poufności, którego wzór stanowi Załącznik nr 9 do SIWZ. Zgodnie z pkt 2 wspomnianego załącznikiem nr 9 „Wykonawca zobowiązuje się, działając z należytą starannością, do nieujawniania Informacji Poufnych (dotyczy również podwykonawców, którym Wykonawca zamierza powierzyć realizację części zamówienia), niewykorzystywania ich w celach innych niż związane z przygotowaniem oferty w związku z Postępowaniem oraz zabezpieczenia ich przed dostępem podmiotów nieuprawnionych”. Wyłączenie możliwości przekazywania Informacji Poufnych podwykonawcom i podmiotom od którym wykonawca zamierza dzierżawić infrastrukturę uniemożliwia wykonawcom nieposiadającym własnej infrastruktury kablowej ubieganie się o udzielenie zamówienia. Wykonawcy ci bez uzyskania uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego nie będą mogli np. wystąpić o sprawdzenie warunków technicznych świadczenia usług do innego operatora. Wprowadzony przez

Zamawiającego wymóg niewątpliwie narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

VI. Zarzut dotyczący narzucenia przez Zamawiającego wysokości — Opłaty Instalacyjnej.

Zgodnie z rozdziałem XVI ust. 6 SIWZ, wysokość zaoferowanej przez Wykonawcę Opłaty Instalacyjnej dla każdej kategorii Lokalizacji (w tym dla Opcji) nie może przekroczyć dwukrotnej miesięcznej opłaty z tytułu świadczenia usług transmisji danych. Złożenie przez Wykonawcę oferty sprzecznej z wymogiem spowoduje uznanie oferty za niezgodną z postanowieniami SIWZ i będzie stanowiło podstawę do jej odrzucenia. Zdaniem wykonawcy, narzucenie wykonawcom przez Zamawiającego sposobu kalkulacji Opłaty Instalacyjnej dla każdej kategorii Lokalizacji (w tym dla Opcji) stanowi naruszenie art. 3531 w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp. Sposób kalkulacji ceny jest indywidualną sprawą wykonawcy, to wykonawca kształtuje cenę za świadczenie usług tak, żeby pokrywała koszty związane z ich świadczeniem oraz pozwalała osiągnąć zysk. Wprowadzenie przez Zamawiającego ograniczenia co do wysokości Opłaty Instalacyjnej powoduje, że niezależnie od poniesionych kosztów wykonawca otrzyma tylko z góry narzuconą przez Zamawiającego Opłatę Instalacyjną. Takie ukształtowanie postanowień SIWZ pozostaje w sprzeczności z przyjętym w art. 487 § 2 k.c. założeniem ekwiwalentności świadczeń stron umowy wzajemnej. Świadczenie, które otrzyma wykonawca nie będzie bowiem ekwiwalentne w stosunku do świadczenia otrzymanego przez Zamawiającego.

VII. Zarzuty dotyczące wzoru umowy.

Zdaniem Odwołującego w załączonym do SIWZ wzorze umowy (załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 Pzp:

a) zdalne testy parametrów łącza

W § 4 ust. 3 Projektu Umowy wskazano, że Częściowy Protokół Odbioru wraz z dokumentem z Systemu Monitorowania będzie przekazany Zamawiającemu, którego upoważniony przedstawiciel będzie weryfikował jakość łącza. W terminie do 10 Dni Roboczych od przekazania ww. dokumentów Zamawiający przeprowadzi własne - zdalne testy parametrów łącza danej Lokalizacji z wykorzystaniem Systemu Monitorowania dostarczonego przez Wykonawcę oraz własnych narzędzi. W przypadku pozytywnych wyników testów oraz pozytywnego odbioru prac instalacyjnych Zamawiający podpisze Częściowy Protokół Odbioru dla danej Lokalizacji. Zamawiający może zgłosić uwagi do jakości łącza i prawidłowości wykonania Prac Wdrożeniowych, które Wykonawca naprawi i

przystąpi do ponownej procedury odbioru zgodnie z § 4 ust. 1 - 3. Przedmiotowe postanowienie nie precyzuje co stanie się w przypadku gdy w ciągu 10 Dni Roboczych od przekazania dokumentów Zamawiający nie przeprowadzi własnych - zdalnych testów parametrów łącza danej Lokalizacji. Brak procedury postępowania w takim przypadku powoduje, że Zamawiający może przedłużać okres podpisania Częściowego Protokołu Odbioru w sytuacji, gdy od posiadania przez Wykonawcę podpisanych Częściowych Protokołów Odbioru zależy uzyskanie Całościowego Protokołu Odbioru oraz przysługujące wykonawcy wynagrodzenie.

b) zestawienie sieci z uwzględnieniem możliwych parametrów docelowych

Stosownie do § 7 ust.1 Projektu umowy zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z prawa opcji dla Lokalizacji, w których wdrożono łącza kategorii T1-T4. W przypadku skorzystania z prawa opcji dla danej Lokalizacji, Wykonawca zainstaluje niezbędną infrastrukturę sieciową oraz będzie świadczył Usługi w sposób umożliwiający osiągnięcie dwukrotnie (dwu lub czterokrotnie w przypadku łączy kategorii T1) większej przepustowości niż wymagane dla danej kategorii łączy zgodnie z postanowieniami rozdz. 3 OPZ. Lista lokalizacji, w których Zamawiający może skorzystać z prawa opcji została określona w Wykazie Lokalizacji. W ust. 2 przywołanego postanowienia, wskazano z kolei że Wykonawca złoży nieodwołalną ofertę (Załącznik 4 do Umowy - Oferta Wykonawcy) zainstalowania niezbędnej infrastruktury sieciowej oraz świadczenia Usługi w sposób (dwu lub czterokrotnie w przypadku łączy kategorii T1) większej przepustowości niż wymagana dla danej kategorii łączy zgodnie z postanowieniami rozdz. 1.3. OPZ. Zdaniem Odwołującego, takie ukształtowanie postanowień Projektu umowy oznacza w istocie, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia muszą zbudować sieć, która zapewni osiągnięcie dwukrotnie (dwu lub czterokrotnie w przypadku łączy kategorii T1) większej przepustowości niż wymagana dla danej kategorii łączy zgodnie z postanowieniami rozdz. 1.3. OPZ. Tym samym, Zamawiający już na wstępie zakłada, że wykonawcy są zobowiązani zbudować przewymiarowaną sieć. Jest to wymóg nadmierny i nieuzasadniony [za reprezentatywny w powyższym zakresie wykonawca uznaje wyrok o sygn. akt KIO 2549/11].

c) termin realizacji zamówienia wynikający z Opcji

Zgodnie z § 7 ust. 4 Projektu Umowy Zamawiający może skorzystać z prawa zamówienia Opcji w całym okresie realizacji Umowy. Termin realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż 30 dni od momentu złożenia oświadczenia przez Zamawiającego. Zdaniem wykonawcy, przewidziany przez Zamawiającego termin 30 dni na realizację zamówienia wynikającego z Opcji jest niewystarczający. Wykonawca musi

posiadać odpowiedni czas na przygotowanie się do świadczenia usług i rozpoczęcie ich świadczenia.

d) nowe Lokalizacje.

Zgodnie z § 8 ust. 2 Projektu umowy Zamawiający ma prawo do zamówienia, w uzgodnieniu z Wykonawcą, instalacji łącza w kategorii od T1 do T7 w dowolnej liczbie nowych Lokalizacji, a termin ukończenia Prac Wdrożeniowych przez Wykonawcę dla nowej Lokalizacji nie będzie dłuższy niż 3 miesiące od momentu złożenia oświadczenia przez Zamawiającego). Odwołujący stwierdził, że wyznaczony przez Zamawiającego 3 miesięczny termin ukończenia Prac Wdrożeniowych przez Wykonawcę dla nowej Lokalizacji jest terminem zbyt krótkim biorąc pod uwagę, że przez nową Lokalizację Zamawiający rozumie Lokalizację, która nie została określona w zaktualizowanym Wykazie Lokalizacji stanowiącym podstawę podpisania Całościowego Protokołu Odbioru. Z uwagi na powyższe, Wykonawca nie ma możliwości wcześniejszego przygotowania się do świadczenia usług, które wymaga dokonania szeregu pracochłonnych czynności. W tej sytuacji optymalnym okresem na ukończenie prac wdrożeniowych jest okres 6 miesięcy od momentu złożenia oświadczenia przez Zamawiającego.

e) pozbawianie wykonawcy wynagrodzenia w okresie zawieszenia świadczenia usług.

Zgodnie z §8 ust. 10 Projektu umowy „Zamawiający ma prawo do czasowego (na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy z rzędu), zawieszenia świadczenia przez Wykonawcę Usług kategorii T4-T7 w danej Lokalizacji. W trakcie okresu zawieszenia świadczenia Usług Wykonawca nie jest uprawniony do pobierania Wynagrodzenia za Usługi dla danej Lokalizacji. Jednocześnie nie może zostać zawieszona świadczenie Usług dla więcej niż 2% łączy kategorii T4-T7. Uprawnienie do czasowego zawieszenia świadczenia Usług może być wykonywane wielokrotnie w stosunku do jednej Lokalizacji. Do skutecznego skorzystania z uprawnienia do czasowego zawieszenia świadczenia Usług wystarczające jest złożenie przez Zamawiającego oświadczenia na piśmie i doręczenie go Wykonawcy, w którym Zamawiający wskaże m. in. w jakich Lokalizacjach i na jaki okres ma być zawieszona świadczenie Usług”. Zdaniem wykonawcy to postanowienie pozbawiające wykonawcę wynagrodzenia na czas zawieszenia świadczenia usług jest nieuzasadnione i w rażący sposób narusza równość stron stosunku zobowiązaniowego. Pomimo zawieszenia świadczenia usług wykonawca będzie w dalszym ciągu zobowiązany do utrzymywania łącza w tym ponoszenia np. kosztów jego dzierżawy od innego operatora, przy czym sam nie otrzyma za ten okres wynagrodzenia od Zamawiającego. Takie ukształtowanie postanowień SIWZ pozostaje w sprzeczności z przyjętym w art. 487 § 2 k.c. założeniem ekwiwalentności świadczeń stron umowy wzajemnej.

f) wynagrodzenie za usługi do momentu odbioru łącza podstawowego i zapasowego Stosownie do rozdziału 3 ust. 2 pkt 2 OPZ, wynagrodzenie za Usługi za uruchomione łącze będzie rozliczane począwszy od kolejnego miesiąca kalendarzowego od daty podpisania Częściowego Protokołu Odbioru dla danej Lokalizacji. Dla Lokalizacji z wymaganymi łączami zapasowymi do czasu odbioru łącza podstawowego i zapasowego Zamawiający będzie uiszczał Wynagrodzenie za Usługi w wysokości 40% wartości usługi w danej Lokalizacji od następnego miesiąca kalendarzowego po podpisaniu Częściowego Protokołu Odbioru na jedno z łączy. Zdaniem wykonawcy wymóg ten jest nieuzasadniony. Skoro wykonawca uruchomi łącze podstawowe, to nie ma podstaw żeby otrzymywał za nie jedynie 40% wynagrodzenia. Ponieważ przewidziane są dwa łącza zasadne jest wymaganie aby za uruchomienie jednego z nich wykonawca otrzymywał 50% wynagrodzenia. Zwrócił uwagę na nierówne traktowania przez Zamawiającego łączy podstawowych i zapasowych w zakresie wynagrodzenia i nakładania kar umownych, albowiem jeżeli zostanie oddane jedno z łączy to wykonawcy należy się tylko 40% wynagrodzenia, ale w przypadku kar z tytułu SLA wykonawcy zostanie naliczona bonifikata w wysokości 60% od każdego z łączy.

g) możliwość rezygnacji z łącza w Lokalizacji bez konieczności zastosowania procedury określonej w § 8 ust. 1 Projektu umowy.

W przypadku, gdy dla danej Lokalizacji wysokość bonifikat udzielanych zgodnie z postanowieniami rozdziału 5 OPZ w dwóch następujących po sobie miesiącach przekroczy 50% miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi dla tej Lokalizacji, Zamawiający może zrezygnować z łącza w Lokalizacji bez konieczności zastosowania procedury, o której mowa w § 8 ust. 1 Umowy i niezwłocznie zlecić świadczenie Usług w tej Lokalizacji podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy, pokrywając koszt Usług z bieżącej należności z tytułu Wynagrodzenia Wykonawcy lub Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy (wykonanie zastępcze). Zaistnienie okoliczności, o której mowa w niniejszym wstępie jest również podstawą do nałożenia przez Zamawiającego na Wykonawcę kary umownej w wysokości równej dwukrotnemu miesięcznemu Wynagrodzeniu za Usługi dla danej Lokalizacji. Zdaniem Odwołującego przywołane postanowienie de facto zakłada potrójne karanie wykonawcy poprzez: naliczenie bonifikaty, powierzenie realizacji podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko wykonawcy jak również naliczenie kary umownej co prowadzi do naruszenia równowagi kontraktowej stron.

h) ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej.

Zgodnie z § 18 ust. 1 Projekt umowy, Wykonawca oświadcza, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej związanej z prowadzoną działalnością na sumę ubezpieczenia co najmniej 10 000 000 zł. Zdaniem Odwołującego brzmienie tego postanowienia umowy jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający wymaga od wykonawcy posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej związanej z prowadzoną działalnością, a nie ubezpieczenia kontraktu. Biorąc powyższe pod uwagę za nieuzasadnione jego zdaniem należy uznać wprowadzenie do Projektu umowy postanowień umożliwiających wpływanie przez Zamawiającego na warunki tego ubezpieczenia - § 18 ust.4 - zgodnie z którym Wykonawca, w zależności od przypadku, o ile jest to wymagane w warunkach ubezpieczenia, zawiadomi firmy ubezpieczeniowe o wszelkich zmianach dotyczących sposobu realizacji Umowy. Bez uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego Wykonawca nie może wprowadzać żadnych istotnych zmian do warunków ubezpieczeń. Jeżeli ubezpieczyciel takiej zmiany dokona (lub próbuje jej dokonać), Wykonawca bezzwłocznie zawiadomi o tym Zamawiającego. Wykonawca zawiadomi Zamawiającego bezpośrednio po powzięciu wiadomości przez Wykonawcę o zamiarze anulowania lub wprowadzenia przez ubezpieczyciela istotnej zmiany w polisach. Za nieuzasadnione wykonawca również uznaje, przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do zawarcia i utrzymywania ubezpieczenia w sytuacji gdy wykonawca nie utrzyma ubezpieczenia (§ 18 ust. 5 Projekt umowy). W takim przypadku wykonawca nie będzie miał wpływu ani na wybór ubezpieczyciela ani na warunki ubezpieczenia, co jest niecelowe skoro jest to ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej związanej z prowadzoną działalnością.

Sygn. akt: KIO 2002/14

Odwołujący - Orange Polska S. A. z siedzibą w Warszawie [Odwołujący lub wykonawca Orange] wskazał w odwołaniu na naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 i art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na zastrzeżenie, że wizja lokalna poprzedzająca złożenie ofert może być przeprowadzona jedynie w 20 spośród prawie 5000 lokalizacji Zamawiającego, przy jednoczesnym braku szczegółowego opisu zakresu prac niezbędnych do realizacji zamówienia w poszczególnych lokalizacjach;
- 2) art. 7, art. 29 ust. 1 oraz art. 43 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, z uwagi na wskazanie zbyt krótkiego terminu składania ofert, szczególnie jeżeli uwzględni się fakt, że Zamawiający nie opisał stanu infrastruktury w poszczególnych lokalizacjach oraz nie wyraził zgody na przeprowadzenie wizji lokalnych w prawie wszystkich lokalizacjach;
- 3) art. 7, art. 29 ust. 1, w związku z art. 34 ust.5 ustawy Pzp z uwagi na ustanowienie w treści siwz szeregu postanowień zezwalających na niemal dowolne modyfikowanie przedmiotu zamówienia, to jest:

- a) zastrzeżenie, że możliwość realizacji usługi z wykorzystaniem łączy radiowych może nastąpić po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym, co skutkuje tym, że o sposobie realizacji łączy, decydować będzie Zamawiający dopiero po fakcie zawarcia umowy;
 - b) zastrzeżenie prawa rezygnacji z dowolnej liczby łączy, uruchomienia dowolnej liczby łączy w nowych lokalizacjach, instalacji w danej lokalizacji łączya odmiennej kategorii niż określona w siwz;
 - c) zastrzeżenie prawa opcji polegającego na możliwości zwiększenia przepustowości łączya dwu lub czterokrotnie dla 523 najważniejszych lokalizacji, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że: opłata instalacyjna za zwiększenie przepływności nie może przekraczać dwukrotności miesięcznej opłaty z tytułu świadczenia usług, o nie odzwierciedla rzeczywistych kosztów takiej operacji, oraz, że realizacja zamówienia wynikającego z prawa opcji wynosi zaledwie 30 dni, co oznacza, że infrastruktura wykonawcy we wskazanych lokalizacjach musi być gotowa od samego początku realizacji usługi;
- 4) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co wynika z następujących względów:
- a) niejednoznaczne, oraz sprzeczne określenie rodzaju wynagrodzenia, jakie będzie przysługiwać wykonawcy, co uniemożliwia wykonawcy prawidłowe skalkulowanie oferty;
 - b) niespójne określenie czasu realizacji zamówienia, czasu świadczenia usług, okresu dla którego należy obliczyć wartość oferty, co z uwagi na ciągły charakter usług telekomunikacyjnych, uniemożliwia prawidłową kalkulację oferty;
 - c) brak określenia dopuszczalności stosowania łączy radiowych, oraz zakresu stosowania tego rodzaju łączy (uzależnienie dopuszczalności stosowania łączy radiowych od zgody Zamawiającego wyrażonej na etapie realizacji zamówienia), co przy różnicach w kosztach między łączyem kablowym a radiowym w sposób istotny utrudnia wycenę oferty;
 - d) brak określenia dopuszczalności stosowania rozwiązań opartych o dostęp GSM, oraz zakresu stosowania tego rodzaju rozwiązań (uzależnienie dopuszczalności stosowania dostępu GSM od zgody Zamawiającego wyrażonej na etapie realizacji zamówienia), co przy różnicy kosztów między dostępem GSM, a łączyami radiowymi i kablowymi w sposób znaczący utrudnia wycenę oferty;
 - e) określenie nieuwzględniających możliwości technologicznych wymagań dla łączy zapasowych, poprzez wymaganie, aby łączye zapasowe miało pełną rozdzielność od łączya podstawowego na tej samej infrastrukturze kablowej;

- f) brak zagwarantowania przez Zamawiającego puli adresowej, na bazie której wykonawca będzie mógł realizować usługę, co jest niezbędne dla technologii MPLS;
 - g) brak określenia pełnej funkcjonalności rozwiązania, jakiej wymaga Zamawiający, co uniemożliwia wykonawcy określenie zakresu swojego świadczenia, a w konsekwencji uniemożliwia przygotowanie oferty;
 - h) określenie zbyt krótkiego terminu na dostarczenie harmonogramu, bez uwzględnienia okoliczności postępowania, w szczególności bez uwzględnienia konieczności przeprowadzenia wizji lokalnych po podpisaniu umowy;
 - i) wymaganie podpisania porozumienia z podmiotem trzecim, wdrażającym usługi telefonii stacjonarnej na rzecz, Zamawiającego, bez znajomości treści porozumienia, co uniemożliwia określenie zakresu praw i obowiązków wykonawcy, a w konsekwencji uniemożliwia wycenę kosztów i skalkulowanie ceny ofertowej;
 - j) określenie zasad wykonania zastępczego w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co uniemożliwia wykonawcy oszacowanie ryzyka przy sporządzaniu oferty;
 - k) określenie standardu świadczenia usług (Quality of service) w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co uniemożliwia wykonawcy skalkulowanie oferty, z uwagi na brak danych niezbędnych do doboru i wyceny urządzeń jakie będą niezbędne do świadczenia usługi;
 - l) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, tj. poprzez dopuszczenie technologii, która nie pozwala zapewnić funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego;
 - m) wewnątrznie sprzeczny opis pomiarów parametrów jakości usługi.
- 5) art. 7 ust., art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 a ust. 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z uwagi na brak określenia w specyfikacji możliwości posłużenia się przez wykonawcę podwykonawcą i zastrzeżenie, że zgoda Zamawiającego zostanie wyrażona dopiero na etapie realizacji zamówienia;
- 6) art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 22 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na opisanie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, z uwagi na wymaganie dysponowania przez wykonawcę osobami legitymującymi się certyfikatami producenta technologii, w której realizowane będzie zamówienie.

Wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

1. Odnośnie zarzutu z punktu 1 odwołania [wizja lokalna] wykonawca podał, że w rozdz. XI ust. 8 siwz „Pełnomocnik Zamawiającego przewiduje możliwość przeprowadzenia wizji lokalnych w Lokalizacjach. Wykonawca w takiej sytuacji może zwrócić się do Pełnomocnika Zamawiającego z wnioskiem o umożliwienie przeprowadzenia wizji lokalnych w wybranych przez siebie Lokalizacjach wraz z proponowanym harmonogramem wizji lokalnych. Pełnomocnik Zamawiającego poinformuje Wykonawcę o zgodzie lub nie wyrażeniu zgody na przeprowadzenie wizji lokalnych wraz ze zweryfikowanym harmonogramem, którego treść jest wiążąca dla Wykonawcy. Pełnomocnik Zamawiającego zastrzega, że każdy z Wykonawców jest uprawniony do udziału w wizji lokalnej w maksymalnie 20 wybranych Lokalizacjach, przy czym złożenie wniosku o przeprowadzenie wizji lokalnych w większej liczbie Lokalizacji może być podstawą do nie wyrażenia zgody na przeprowadzenie wizji lokalnych. Zamawiający może odmówić zgody na przeprowadzenie wizji lokalnej w danej Lokalizacji również z innych uzasadnionych przyczyn.” Zamawiający dopuścił zatem możliwość wizji lokalnej jedynie w 20 spośród prawie 5000 lokalizacji. Wizja lokalna polega na sprawdzeniu dostępności zasobów kablowych oraz sprzętowych po stronie wykonawcy do głowicy kablowej (tj. do punktu styku z siecią wewnętrzną Wykonawcy, bądź siecią wewnętrzną innego podmiotu trzeciego), jak również na sprawdzeniu zasobów po stronie Zamawiającego (sprawdzenie dostępności oraz jakości tak zwanej sieci wewnętrznej, czyli od punktu styku z siecią wykonawcy do miejsca zakończenia usługi). Przeprowadzenie wizji jest tym bardziej niezbędne, że w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do siwz, w rozdz. 2 ust. 8 (s. 5) zawarte jest postanowienie następującej treści: „8. Miejsca instalacji urządzeń CE w Lokalizacjach będą wskazane przez Zamawiającego. Doprowadzenie i instalacja łączy wraz z routerem CE do miejsca wskazanego przez Zamawiającego wewnątrz Lokalizacji, niezbędnego do podłączeń urządzeń zainstalowanych w Lokalizacjach, leży po stronie Wykonawcy” Z powyższego postanowienia wynika zobowiązanie dla wykonawcy do zbudowania okablowania wewnętrznego w obiektach Zamawiającego, lub bardzo często w obiektach, których właścicielem lub administratorem są inne podmioty (np. placówki pocztowe w galeriach handlowych). W tym stanie rzeczy wykonawca musi przygotować i skalkulować ofertę, nie mając elementarnej wiedzy o zakresie prowadzonych robót instalacyjnych. Podkreślił, że Zamawiający nie opisał stanu infrastruktury w poszczególnych lokalizacjach, a także zakresu prac niezbędnych do zestawienia łączy i uruchomienia usługi. Dodatkowym faktem przemawiającym za koniecznością przeprowadzenia wizji lokalnych jest zobowiązanie wykonawcy do zagwarantowania na uruchomionych łączach parametrów jakościowych o wielkościach wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w siwz. Każde niedotrzymanie parametrów jakościowych będzie skutkowało wypłaceniem przez wykonawcę bonifikat o określonych w siwz wielkościach. Brak możliwości przeprowadzenia wizji lokalnych uniemożliwia

wykonawcy pozyskania wiedzy na etapie przygotowania oferty o stanie jakościowym sieci wewnętrznej. Wykonanie wizji lokalnych jest szczególnie istotne z uwagi na specyfikę sieci Poczty Polskiej i jej unikatowość w skali kraju. Sieć ta charakteryzuje się dużą ilością lokalizacji, rozmieszczonych w znacznym rozproszeniu. Wiele z lokalizacji znajduje się w miejscowościach, gdzie infrastruktura telekomunikacyjna nie jest przez Operatorów rozbudowywana, bądź nie ma jej wcale. Wymagane przez Zamawiającego parametry są na tyle wysokie, że konieczne jest zweryfikowanie możliwości zapewnienia realizacji usługi i kosztów inwestycji, którą będą się wiązały z realizacją usługi. Dodatkowo podał, że brak możliwości przeprowadzenia wizji lokalnej w danej placówce pocztowej, uniemożliwia ocenę warunków dla sieci wewnętrznej, co jest tym bardziej istotne, że Zamawiający wymaga, aby sieć wewnętrzna została wykonana przez wykonawcę. Brak możliwości przeprowadzenia wizji lokalnej w praktyce uniemożliwia wycenę usługi, z uwagi na brak możliwości oszacowania jej kosztów. Dodatkowo dane na temat parametrów sieci wewnętrznej są istotne z uwagi na konieczność zachowania parametrów jakościowych do interfejsu na routerze CE, wykonawca musi mieć wiedzę, czy sieć wewnętrzna nie generuje zakłóceń. Bez szczegółowych informacji w tym zakresie, Wykonawca nie jest w stanie oszacować nakładów materiałowych, czasu pracy instalatorów oraz innych niezbędnych informacji niezbędnych do wyliczenia ceny oferty.

Wniósł o modyfikację siwz w ten sposób, że możliwe będzie przeprowadzenie wizji lokalnych we wszystkich lokalizacjach Zamawiającego, oraz wskazanie danych kontaktowych osób odpowiedzialnych w poszczególnych lokalizacjach po stronie Zamawiającego, a także opisanie procedury występowania o zgodę na wizję lokalną, oraz procedury określającej sposób przeprowadzenia wizji lokalnych.

2. Odnośnie terminu składania ofert [zarzut 2] Odwołujący podał, że mając na względzie bezprecedensowy charakter przedmiotowego zamówienia, wyznaczony termin składania ofert [na 24.10.2014 r.] nie może być uznany za „niezbędny do przygotowania i złożenia oferty”, w rozumieniu art. 43 ust. 1 ustawy Pzp. Zamówienie dotyczy doprowadzenia sieci WAN do prawie 5000 lokalizacji, dla których wykonawca musi przeprowadzić audyt stanu swojej infrastruktury. Ponadto jak opisano w uzasadnieniu zarzutu nr 1, niezbędne jest przeprowadzenie oględzin stanu infrastruktury Zamawiającego w jego budynkach. Wykonanie tego zadania stanowi dopiero wstęp do przygotowania oferty. Wyniki przeprowadzonych wizji i oględzin podlegają analizie pod względem technicznym, a następnie analizie kosztowej. Dopiero wtedy można mówić o prawidłowym skalkulowaniu ceny oferty. Wykonawca wniósł o wydłużenie terminu składania ofert do minimum 90 dni.

3. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 i art. 29 ust. 1, w związku z art. 34 ust.5 ustawy Pzp dotyczącego postanowień zezwalających – zdaniem Odwołującego - na dowolne modyfikowanie przedmiotu zamówienia podkreślił, że przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący, oznacza to, że z opisu tego musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa do dowolnej zmiany zakresu po udzieleniu zamówienia. Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa, zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a związanych z sytuacją Zamawiającego. Z opisu tego musi wynikać zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Przejawem tego stanowiska jest wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 września 2005 sygn. akt V Ca 1110/04, zgodnie z którym: „ Wykonawcy przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny ofert. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać, co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru". Wykonawca kalkulując ceny ofertowe bierze pod uwagę dane podane w SIWZ, w szczególności wolumen zamówienia, czas trwania umowy oraz wszelkie okoliczności, które mogą wpłynąć na zmianę zakresu (ilości) realizowanych świadczeń. Zastrzeżone w siwz zmiany przedmiotu umowy sensu stricto, jak również prawo opcji nie spełniają powyższych wymagań, powodując tak dalece idącą zmienność przedmiotu zamówienia, że wykonawca nie jest w stanie należycie skalkulować ceny ofertowej, tak aby ograniczyć ryzyko poniesienia straty w związku z realizacją zamówienia. Niezbędne jest również podkreślenie, że zakres tych zmian powinien być rozpatrywany łącznie, bowiem dopiero wtedy widoczny jest ich pełen rozmiar.

W tym przypadku wskazał na następujące okoliczności:

a) w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym zał. nr 3 do siwz, w rozdz. II ust. 2 (s. 4) Zamawiający zastrzegł, że „w przypadku, kiedy Wykonawca nie może dostarczyć łącza kablowego dla kategorii T1-T6, wówczas po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym, Zamawiający może dopuścić realizację Usług z wykorzystaniem łączy radiowych. Wykonawca zobowiązany jest do używania łączy typu radiolinia punkt - punkt pracujących w częstotliwościach koncesjonowanych”. Tym samym Zamawiający pozostawił sobie prawo decyzji o dopuszczalności stosowania łączy radiowych, typu radiolinia Punkt – punkt, pracujących w częstotliwościach koncesjonowanych na czas po zawarciu umowy.

Wykonawca przygotowując ofertę nie wie czy Zamawiający dopuści stosowanie łączy radiowych o typie wspomnianym powyżej. Kwestia ta jest o tyle istotna, że łącza radiowe stanowią alternatywę dla kosztowych, bądź długotrwałych inwestycji w rozbudowę zasobów kablowych. Realizacja usługi z wykorzystaniem łączy radiowych może okazać się jedynym możliwym wariantem dla lokalizacji trudnodostępnych. Wiedza o możliwości wykorzystania radiolinii jest niezbędna do rzetelnego oszacowania kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Wykonawca wniósł o dopuszczenie stosowania łączy radiowych typu radiolinia Punt - punkt pracujących w częstotliwościach koncesjonowanych we wszystkich lokalizacjach, ewentualnie wskazanie lokalizacji (lub kategorii lokalizacji), w których łącza takie nie mogą być zestawiane.

b) zgodnie z § 8 ust. 1 - 3 wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 10 do siwz: „1. Zamawiający ma prawo do rezygnacji z łącza w danej Lokalizacji, co będzie równoznaczne z wypowiedzeniem Umowy w odniesieniu do tej Lokalizacji. Okres wypowiedzenia łącza w danej Lokalizacji wynosi 30 dni, a wypowiedzenie jest skuteczne z dniem, na który przypada koniec okresu rozliczeniowego. 2. Zamawiający ma prawo do zamówienia, w uzgodnieniu z Wykonawcą, instalacji łącza w kategorii od T1 do T7 w dowolnej liczbie nowych Lokalizacji, przy czym przez nową Lokalizację rozumie się Lokalizację, która nie została określona w zaktualizowanym Wykazie Lokalizacji stanowiącym podstawę podpisania Całościowego Protokołu Odbioru. Zamawiający może skorzystać z powyższego uprawnienia w całym okresie realizacji Umowy, a termin ukończenia Prac Wdrożeniowych przez Wykonawcę dla nowej Lokalizacji nie będzie dłuższy niż 3 miesiące od momentu złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 6. 3. Zamawiający jest również uprawniony, do czasu rozpoczęcia Prac Wdrożeniowych dla danej Lokalizacji, do zażądania instalacji w Lokalizacji łącza odmiennej kategorii (wyższej albo niższej) niż określona w Wykazie Lokalizacji. W takim przypadku Wykonawca jest uprawniony do Opłaty Instalacyjnej oraz Wynagrodzenia za Usługę w wysokości odpowiadającej kategorii łącza, zgodnie z postanowieniami § 10 ust 3 Umowy”. Powyższe postanowienia oznaczają zastrzeżenie prawa rezygnacji z dowolnej liczby łączy, uruchomienia dowolnej liczby łączy w nowych lokalizacjach, instalacji w danej lokalizacji łącza odmiennej kategorii niż określona w siwz. Prawo zamawiającego do takich modyfikacji przedmiotu zamówienia niesie ze sobą określone konsekwencje finansowe, albowiem Wykonawca ponosi koszty uruchomienia usługi w danej lokalizacji, która wiąże się z zestawieniem łącza, instalacją urządzeń sieciowych oraz instalacją wewnętrznego okablowania w obiektach Zamawiającego (vide zarzut 1). Z tego tytułu wykonawca może pobrać opłatę instalacyjną w wysokości nie większej niż dwumiesięczna opłata za

świadczenie usług. Oczywistym jest, że wobec kosztu takich inwestycji, opłata nie pokrywa zaledwie ich cześć. Pozostałe koszty finansowane są poprzez miesięczną opłatę z tytułu świadczenia danej usługi. Dowolna rezygnacja z usługi w danej lokalizacji, bez podania przyczyny takiej jak np. istnienie klauzuli interesu publicznego (art. 145 ust. 1 ustawy Pzp), powoduje, że koszty poniesionych inwestycji infrastrukturalnych nie zwrócą się generując stratę. Ponadto uruchomienie usług w nowej lokalizacji, bez względu na to, czy wykonawca dysponuje w niej stosowną infrastrukturą, skutkować będzie koniecznością prowadzenia inwestycji, których koszt może wynieść nawet kilkadziesiąt, kilkaset tysięcy złotych. Zamawiający w § 8 ust. 4 wzoru umowy przewidział, co prawda, możliwość pobrania opłaty instalacyjnej z tytułu trwałego zwiększenia przepustowości, jednak równocześnie w rozdz. XVI ust. 6 siwz ograniczył wysokość tej opłaty do kwoty stanowiącej równowartość dwukrotnej miesięcznej opłaty z tytułu świadczenia usług. Opłata ta nie zrekompensuje kosztów takich inwestycji. Dodatkowo należy wspomnieć o niepewności co do możliwości wykorzystania łączy radiowych, które mogłyby być stosowane w lokalizacjach, gdzie wykonawca nie dysponuje infrastrukturą kablową. Uwag powyższych nie osłabiają ograniczenia procentowe dotyczące liczby dopuszczalnych zmian zawarte w § 8 ust. 7 wzoru umowy, skoro nadal mowa jest o około 470 lokalizacjach jakie mogą być potencjalnie zlikwidowane w okresie jednego roku. Dodatkowo należy wskazać na oczywistą rozbieżność pomiędzy § 8 ust. 2 gdzie mowa jest o „dowolnej liczbie lokalizacji, a § 8 ust. 7, gdzie wprowadza się ograniczenia procentowe w odniesieniu do zmian wskazanych właśnie w § 8 ust. 2 wzoru umowy. Także uwagi zgłoszone w poprzednim tiret można odnieść do niespotykanego zastrzeżenia o możliwości zmiany umowy w zakresie przepływności łączy, w okresie od podpisania umowy do dnia rozpoczęcia prac instalacyjnych. Również tutaj założony w ofercie koszt budowy łączy nie będzie pozostawał w korelacji z kosztami budowy łączy o wyższej kategorii. Prawo Zamawiającego do zażądania instalacji łączy odmiennej kategorii (wyższej bądź niższej) niż określona w Wykazie lokalizacji, z którego to prawa Zamawiający może skorzystać już po fakcie złożenia oferty skutkuje brakiem możliwości rzetelnego oszacowania wartości oferty. Wykonawca kalkulując wartość oferty przyjmie kategorie usług, jak również ilości dla poszczególnych kategorii zgodne ze wskazanymi przez Zamawiającego w Wykazie lokalizacji stanowiącym załącznik nr 12 do siwz. Przykładowo: wg stanu na dzień składania ofert wykonawca posiada wiedzę, że będzie musiał dostarczyć i utrzymywać sieć WAN dla przykładowo następującego podziału: 10 lokalizacji z łączem o przepustowości 100Mb/s, 50 lokalizacji łączem o przepustowości 20Mb/s, 350 lokalizacji z łączem o przepustowości 10Mb/s, 1500 lokalizacji z łączem o przepustowości 6/1 Mb/s (lub 6/6Mb/s), 2500 lokalizacji z łączem o przepustowości 4/1 Mb/s (lub 4/4Mb/s). Na podstawie takiej wiedzy wykonawca oszacuje nakłady na ewentualne inwestycje w budowę sieci kablowej (kable światłowodowych bądź kabli miedzianych - dobór

infrastruktury oraz jej ilość np. ilość par w kablu miedzianym, jest uzależniona od uruchamianej przepustowości łącza na łączu). Ponadto wykonawca dokona właściwego doboru sprzętu CE (dobór sprzętu dokonuje się pod konkretną przepustowość oraz usługi dodatkowe np. ilość VRFów, jakie mają zostać uruchomione na urządzeniu CE). Wykonawca zaznaczył, że różnica w koszcie zakupu 1 sztuki urządzenia obsługującego przykładowo przepustowość 50Mb/s od kosztu zakupu urządzenia dla przepustowości rzędu 6/1 Mb/s może sięgać kilkuset procent). Dodatkowo wykonawca mając na uwadze zakres rozwiązania, jaki musi dostarczyć w wymaganym przez Zamawiającego czasie dokona oszacowania nakładów na wdrożenie usługi. Dysponując oszacowanymi kosztami, jak również czasem trwania realizacji usługi, wykonawca skalkuluje poziom opłaty abonamentowej. Wynikiem opisanego na powyższym przykładzie procesu będzie uzyskanie przez wykonawcę opłaty abonamentowej, jaka zostanie zaproponowana Zamawiającemu w ofercie. Obecnie mając na uwadze prawo Zamawiającego do nieograniczonej ilościowo migracji pomiędzy kategoriami łączy może dojść to sytuacji, w której przykładowo już po dokonaniu inwestycji w infrastrukturę kablową, Zamawiający zmieni rodzaj łącza na łącze o niższej kategorii, dla którego ta infrastruktura nie będzie potrzebna. Wskutek tego wykonawca poniesie nieuzasadnione koszty, które nie zwrócą się z opłat za świadczoną usługę (opłaty za łącza niższej kategorii są odpowiednio niższe). W przypadku, gdy Zamawiający zażąda łączy wyższej kategorii może okazać się, że wynagrodzenie nie pokryje kosztów niezbędnych do świadczenia usługi, gdyż zaistnieje konieczność poniesienia wydatków na dodatkową infrastrukturę, której koszt nie został wliczony w cenę oferty. Podkreślił, że Odwołujący ma świadomość, że umowa dotycząca sieci WAN o tak niespotykanej skali musi cechować się pewną elastycznością, jednak powinna być ona zapewniona w sposób zgodny z ustawą Pzp oraz poszanowaniem elementarnych praw wykonawców.

Wykonawca wniósł o dokonania zmiany siwz w następujący sposób::

- 1) zastrzeżenie, że rezygnacja z usług w poszczególnych lokalizacjach może nastąpić w okolicznościach wskazanych w art. 145 ust. 1 ustawy Pzp, bądź wprowadzenie ograniczenia, że Zamawiający może zlikwidować nie więcej niż 2% usług licząc od stanu wszystkich usług wg stanu na dzień podpisania umowy, w okresie obowiązywania umowy;
- 2) zastrzeżenie, że żądanie uruchomienia usług w nowej lokalizacji, możliwe jest w sytuacji gdy wykonawca posiada w nią pozytywne warunki techniczne, a w wypadku braku takich warunków, uruchomienie usług może nastąpić w ramach zamówienia uzupełniającego (vide sentencja oraz uzasadnienie wyroku KIO z dnia z 14 października 2013 r., sygn. akt KIO 2172/13, KIO 2177/13);

3) wykreślenie § 8 ust. 3 wzoru umowy, bądź wprowadzenie ograniczenia, że Zamawiający może dokonać migracji pomiędzy kategoriami usług (w górę lub w dół) jednakże w ilości nie większej niż 4% usług licząc od stanu wszystkich usług wg stanu na dzień podpisania umowy, w okresie obowiązywania umowy.

c) Powołując się na orzecznictwo KIO [prawo opcji jest związane w sposób integralny z przedmiotem zamówienia] wykonawca stwierdził, że Zamawiający powinien opisać opcję zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy. W myśl tego przepisu przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący, oznacza to, że z opisu tego musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa do jego dowolnej zmiany po udzieleniu zamówienia. Prawo opcji zastrzeżone w siwz nie spełnia powyższych ustawowych wymagań. W § 7 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego zał. nr 10 do siwz „Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z prawa opcji dla Lokalizacji, w których wdrożono łącza kategorii T1-T4. W przypadku skorzystania z prawa opcji dla danej Lokalizacji, Wykonawca zainstaluje niezbędną infrastrukturę sieciową oraz będzie świadczył Usługi w sposób umożliwiający osiągnięcie dwukrotnie (dwu lub czterokrotnie w przypadku łącza kategorii T1) większej przepustowości niż wymagana dla danej kategorii łącza zgodnie z postanowieniami rozdz. 1. 3. OPZ. Lista Lokalizacji, w których Zamawiający może skorzystać z prawa opcji została określona w Wykazie Lokalizacji.” Lista lokalizacji z nieznanymi bliżej przyczyn została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednak nie będzie stanowiło naruszenia tej tajemnicy ujawnienie, że prawo opcji dotyczy 523 najważniejszych lokalizacji Zamawiającego. Zamawiający w § 7 ust. 2 wzoru umowy przewidział, co prawda możliwość pobrania opłaty instalacyjnej z tytułu trwałego zwiększenia przepustowości, jednak równocześnie w rozdz. XVI ust. 6 siwz ograniczył wysokość tej opłaty do kwoty stanowiącej równowartość dwukrotnej miesięcznej opłaty z tytułu świadczenia usług. Należy podkreślić, że konieczność podwyższenia przepustowości dwu lub czterokrotnie może skutkować koniecznością przeprowadzenia inwestycji infrastrukturalnych polegających na zaciągnięciu dodatkowego kabla światłowodowego, lub też wymiany urządzeń sieciowych (routery CE). Koszt takich inwestycji w zależności od lokalizacji może wynosić nawet kilkaset tysięcy złotych. Oczywistym jest, że możliwość pobrania opłaty instalacyjnej we wskazanej wysokości nie zrekompensuje kosztów takiej inwestycji. Dodatkowo w § 7 ust. 4 wzoru umowy stwierdza się, że „Zamawiający może skorzystać z prawa zamówienia Opcji w całym okresie realizacji Umowy. Termin realizacji przez Wykonawcę zamówienia wynikającego z Opcji nie będzie dłuższy niż 30 dni od momentu złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 5.” Wskazany termin jest zbyt krótki na przeprowadzenie modernizacji lub przebudowy łącza, co skutkuje tym, że przezorny wykonawca będzie zmuszony tak zbudować sieć, aby od samego początku była ona gotowa

na podwyższenie przepływności o wymagane wartości. Ponosząc koszty budowy „przewymiarowanej” sieci, Wykonawca nie będzie miał żadnej pewności, czy Zamawiający skorzysta z prawa opcji.

Wykonawca wniósł o modyfikację siwz:

- 1) zastrzeżenie, że termin realizacji zamówienia wynikającego z prawa opcji, w sytuacji braku warunków technicznych w danej lokalizacji, będzie wynosił 90 dni;
- 2) zniesienie ograniczenia wysokości opłaty instalacyjnej.

4. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy, przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu nie spełnia wymagań ustawowych, a wynika to z następujących względów:

a) Zamawiający w sposób niejednoznaczny i niepełny określił rodzaj wynagrodzenia jakie będzie przysługiwało wykonawcy. Z jednej strony, w Roz. XVI ust. 1 siwz przewiduje wynagrodzenie szacunkowe, które stanowi cenę ofertową, z drugiej strony w Roz. XVI ust. 2 siwz przewiduje, że wynagrodzenia ma charakter kosztorysowy, z kolei w § 10 ust. 1 Projektu Umowy przewiduje maksymalne wynagrodzenie, natomiast w § 10 ust. 2 Projektu Umowy zastrzega wynagrodzenie ryczałtowe za Prace Wdrożeniowe. Łącznie wszystkie te postanowienia nie tylko są niejednoznaczne, ale wręcz wewnątrz sprzeczne (wynagrodzenie kosztorysowe, maksymalne i ryczałtowe). Uniemożliwia to wykonawcy ocenę sposobu płatności wynagrodzenia za zrealizowane usługi, co z kolei utrudnia sporządzenie oferty. Oczywistym jest, że inaczej jest kalkulowana oferta przy wynagrodzeniu ryczałtowym, a inaczej kosztorysowym (potrzebne dodatkowe wyjaśnienia dotyczą różnic w kalkulacji oferty w zależności od rodzaju wynagrodzenia).

Wykonawca wniósł o jednoznaczne określenie w jaki sposób będzie płatne wynagrodzenie wykonawcy, w szczególności, w jaki sposób będzie obliczana kwota maksymalnego wynagrodzenia.

b) Zamawiający w sposób niejednoznaczny określił czas trwania umowy, okres świadczenia usług, okres na wykonanie Prac Wdrożeniowych. Z jednej strony tak określony termin realizacji zamówienia, utrudnia określenie zakresu świadczenia wykonawcy, usługi telekomunikacyjne ze swojej natury są usługami o charakterze ciągłym. Oznacza to, że zakres świadczenia jest uzależniony od okresu świadczenia usług. Bez znajomości okresu

świadczenia usług wykonawca nie może określić zakresu swojego świadczenia, co uniemożliwia sporządzenie oferty. Z drugiej strony, okres świadczenia usługi nie uwzględnia wszystkich okoliczności i wymagań zawartych w OPZ. Zamawiający określa czas świadczenia usług na 36 miesięcy, czas wdrożenia na 12 miesięcy. Tymczasem wykonawca potrzebuje co najmniej 3 miesięcy na dokonanie wizji lokalnych, kolejne półtora do dwóch miesięcy na zamówienie sprzętu, którego specyfikację może określić dopiero po dokonaniu wizji lokalnych, dlatego nie jest realne uruchomienie świadczenia usługi w ciągu pierwszych 6 miesięcy, a w ofercie jego przychód jest liczony dla 42 miesięcy.

Wykonawca wniósł o dokonanie zmiany w Formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do siwz tak aby dostosować szacunkową długość trwania umowy przyjętą w formularzu ofertowym do realnego czasu świadczenia usługi.

c) zgodnie z rozdziałem 1 ust. 2 pkt 2 OPZ „W przypadku, kiedy wykonawca nie może dostarczyć łącza kablowego da kategorii T1-T6, wówczas po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym, Zamawiający może dopuścić realizację Usług z wykorzystaniem łączy radiowych. Wykonawca zobowiązany jest do używania łączy typu radiolinia punkt-punkt pracujących w częstotliwościach koncesjonowanych’. W myśl przywołanego wyżej postanowienia, Zamawiający dopiero na etapie realizacji zamówienia dookreśla swoje wymagania. Co więcej, Zamawiający nie jest zobligowany do udzielenia zgody i może odmówić realizacji zamówienia za pomocą łączy radiowych. W związku z powyższym, wykonawca w chwili przygotowywania oferty nie wie za pomocą jakich technologii może świadczyć usługę. Z jednej strony, oznacza to, że wykonawca nie wie, czy w ogóle będzie mógł ją świadczyć, w przypadku, gdy okaże się, że nie ma łącza kablowego, a Zamawiający nie dopuści łącza radiowego. Z drugiej strony wykonawca nie wie, czy może skalkulować ofertę z niższą ceną, gdyż będzie mógł zrealizować zamówienie w danej lokalizacji za pomocą łącza radiowego, z uwagi na brak pewności co do zgody Zamawiającego. Stąd należy stwierdzić, że wykonawca nie zna wszystkich okoliczności i wymagań niezbędnych do sporządzenia oferty. Dopuszczenie możliwości korzystania z technologii radiowych jest przy tym korzystne dla Zamawiającego. Koszty inwestycji w infrastrukturę kablową w niektórych lokalizacjach przekraczają milion złotych. Realizacja łącza radiowego jest dla takiej lokalizacji wielokrotnie tańsza (inwestycje rzędu kilkudziesięciu tysięcy złotych).

Wykonawca wniósł o dopuszczenie możliwości świadczenia usług drogą radiową, ewentualnie wyraźne wyłączenie takiej możliwości, bądź też wskazanie w jakich okolicznościach dopuszczalna będzie technologia radiowa, a w jakich nie będzie dopuszczalna.

d) zgodnie z rozdziałem 1 ust. 2 pkt 3 OPZ „W przypadku Lokalizacji T7, gdzie wykonawca lub inny lokalny operator nie może dostarczyć usług w technologii kablowej lub radiolinii w paśmie koncesjonowanym (preferowanych metod dostępu dla tej kategorii), wówczas po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym, Zamawiający może dopuścić realizację Usług, innych technologii radiowych w paśmie niekoncesjonowanym lub technologii radiowej 3G/CDMA/L TE”. W myśl przywołanego wyżej postanowienia, Zamawiający dopiero na etapie realizacji zamówienia dookreśla swoje wymagania. Co więcej, Zamawiający nie jest zobligowany do udzielenia zgody i może odmówić realizacji zamówienia za pomocą innych technologii radiowych. W związku z powyższym, wykonawca w chwili przygotowywania oferty nie wie za pomocą jakich technologii może świadczyć usługę. Wykonawca nie wie przy tym, czy może skalkulować ofertę z niższą ceną, gdyż będzie mógł zrealizować zamówienie w danej lokalizacji za pomocą innych technologii radiowych, które są tańsze zarówno od łączy kablowych, jak i łączy radiowych w paśmie koncesjonowanym, z uwagi na brak pewności co do zgody Zamawiającego. Stąd należy stwierdzić, że wykonawca nie zna wszystkich okoliczności i wymagań niezbędnych do sporządzenia oferty. Ponadto koniecznym jest dookreślenie dopuszczalnej ilości łączy kategorii T7, jaka będzie możliwa do zamówienia przez Zamawiającego w czasie trwania umowy. Łącza kategorii T7 zgodnie z opisanymi przez Zamawiającego wymaganiami pozwolą na zdecydowane pomniejszenie kosztów realizacji sieci potencjalnemu wykonawcy. Skala ich wykorzystania musi być określona na etapie przygotowania ofert.

Wykonawca wniósł o określenie w jakich lokalizacjach, w jakich okolicznościach, a także na jakich warunkach, w szczególności przez jaki okres czasu, Zamawiający dopuści świadczenie usług za pomocą innych technologii radiowych oraz - o dookreślenie maksymalnej łączy kategorii T7.

e) zgodnie z rozdziałem 1 ust. 2 pkt 6 OPZ „Jeżeli oba łączy (podstawowe i zapasowe) będą oparte na dostępie kablowym, wykonawca poprowadzi je niezależnymi od siebie drogami. Jeżeli wykonawca nie będzie miał możliwości technicznych na wykonanie łączy dwoma niezależnymi drogami kablowymi zobowiązany jest do zastosowania takich rozwiązań technicznych i technologii, aby zapewnić pełną rozdzielność komunikacji. Brak jest możliwości, aby na jednym łączy kablowym zapewnić łączy zapasowe z pełną rozdzielnością od łączy podstawowego.

Wykonawca wniósł o doprecyzowanie i urealnienie zapisów postanowienia.

f) zgodnie z rozdziałem 1 ust. 5 pkt 5 OPZ Zamawiający wymaga, aby dla łączy asymetrycznych dla kategorii T5- T6 i T7 brak był jakichkolwiek ograniczeń związanych z adresacją IP stosowaną przez Zamawiającego. Korzystając z technologii MPLS i komunikacji opartej o routery CE i PE, Wykonawca musi mieć możliwość stosowania takiej adresacji IP, która nie będzie kolidowała (pokrywała się) z adresacją IP Zamawiającego. W związku z tym Zamawiający nie może wykorzystywać w swoich sieciach LAN dowolnej adresacji IP, przy jednoczesnym założeniu, że nie dopuszcza żadnych mechanizmów translacji adresów NAT/PAT (w lokalizacjach T5-T7).

Wykonawca wniósł o zagwarantowanie przez Zamawiającego puli adresowej, na bazie której wykonawca będzie mógł świadczyć usługi.

g) zgodnie z rozdziałem 1 ust. 7 pkt 8 OPZ „Dodatkowe funkcjonalności niewymienione w pkt. 6 i 7, a będące niezbędne do prawidłowego monitorowania sieci zostaną uzgodnione i wykonane w porozumieniu z Wykonawcą”. Z przytoczonego powyżej postanowienia wynika, że przedmiot zamówienia zostanie dookreślony przez Zamawiającego już na etapie realizacji zamówienia w porozumieniu z wybranym wykonawcą. Oznacza to, że wykonawca przygotowując ofertę nie zna zakresu swojego świadczenia, nie wie jakie funkcjonalności będzie musiał posiadać dostarczony przez niego system. Uniemożliwia to prawidłowe sporządzenie oferty, gdyż nie jest znany oferowany Zamawiającemu system.

Wykonawca wniósł o ustalenie zamkniętej listy funkcjonalności systemu monitoringu jakich oczekuje Zamawiający.

h) zgodnie z rozdziałem 1 ust. 3 pkt 2 OPZ „Wykonawca dostarczy do 30 dni od daty podpisania umowy do akceptacji Zamawiającego dokument Harmonogramu realizacji uruchomienia usługi rozległej sieci WAN_PP wraz z datami oraz opisem i procedurami przełączenia Użytkowników z obecnej sieci WAN do usług świadczonych przez Wykonawcę, oraz wzorami Częściowego Protokołu Odbioru i Całościowego Protokołu Odbioru. Wraz z Harmonogramem zostanie przekazany opis sieci i projekt techniczny zawierający architekturę i opis elementów funkcjonalnych, topologię logiczną z uwzględnieniem obecnej infrastruktury, propozycję konfiguracji urządzeń oraz wytyczne do ich implementacji, jak również wzory raportów”. Opisane wyżej wymagania Zamawiającego należy uznać za niewykonalne z uwagi na okoliczność, iż wykonawca będzie mógł zapoznać się z warunkami technicznymi świadczenia usługi dopiero po podpisaniu umowy, powoduje, że nie jest możliwe przygotowanie ww. dokumentu w ciągu 30 dni od podpisania oferty. Jest to okres niewystarczający na przeprowadzenie wywiadów technicznych we wszystkich lokalizacjach.

A co za tym idzie nie jest możliwe przygotowanie propozycji konfiguracji urządzeń oraz wytycznych do ich implementacji, jak również uwzględnienie w projekcie obecnej Infrastruktury z uwagi na brak informacji na jej temat. W związku z powyższym, wobec braku możliwości przeprowadzenia wizji lokalnych przed złożeniem ofert, należy stwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia nie zawiera wszystkich informacji niezbędnych do przygotowania oferty. Wykonawca nie dysponuje bowiem wiedzą o tym, co musi zrobić przygotowując harmonogram i projekt techniczny, a zatem nie może określić zakresu swojego świadczenia, co uniemożliwia sporządzenie oferty.

Wykonawca wniósł o zmianę terminu dostarczenia harmonogramu wraz z dokumentacją wdrożeniową o czas niezbędny na przeprowadzenie wizji lokalnych, ewentualnie czas na dostarczenie harmonogramów może pozostać bez zmian, jeśli Zamawiający dopuści przeprowadzenie wizji lokalnych przed złożeniem ofert.

i) zgodnie z § 17 ust. 1 Projektu Umowy, Zamawiający wymaga, aby wykonawca złożył oświadczenie, że „znana jest mu okoliczność, że równoległe z realizacją Przedmiotu Umowy Zamawiający będzie wdrażał projekt „Modernizacji telefonii głosowej w Poczcie Polskiej S.A.". Z uwagi na konieczność zapewnienia prawidłowej jednoczesnej realizacji każdego z projektów, Wykonawca jest zobowiązany do zawarcia z Zamawiającym oraz wykonawcą projektu „Modernizacji telefonii głosowej w Poczcie Polskiej S.A.' porozumienia trójstronnego (...), w którym ustalone zostaną zasady współpracy i odpowiedzialności każdego z wykonawców, w zakresie w jakim będzie to konieczne z uwagi na konieczność wykonywania prac należących do wspólnego zakresu przedmiotowego obu projektów'. Z powyższego postanowienia wynika, że wykonawca nie znając treści porozumienia musi je podpisać. Prowadzi to w konsekwencji do braku możliwości określenia praw i obowiązków wykonawcy wynikających z Porozumienia, a tym samym braku możliwości określenia zakresu świadczenia wykonawcy w ramach realizacji zamówienia. Brak możliwości oceny zakresu świadczenia wykonawcy, uniemożliwia z kolei sporządzenie oferty, w szczególności skalkulowanie oferty.

Wykonawca wniósł o wykreślenie wskazanego postanowienia, ewentualnie o załączenie projektu porozumienia, o którym mowa powyżej do dokumentacji postępowania tak, aby wykonawca mógł się z nim zapoznać przed terminem składania ofert.

j) zgodnie z § 12 ust. 7 Istotnych Postanowień Umowy „w przypadku, gdy dla danej lokalizacji wysokość bonifikat udzielanych zgodnie z postanowieniami rozdziału 5 OPZ w dwóch następujących po sobie miesiącach przekroczy 50% miesięcznego Wynagrodzenia

za Usługi dla tej Lokalizacji, Zamawiający może zrezygnować z łącza w Lokalizacji bez konieczności zastosowania procedury, o której mowa w § 8 ust. 1 Umowy i niezwłocznie zlecić świadczenie Usług w tej Lokalizacji podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy, pokrywając koszt Usług z bieżącej należności z tytułu Wynagrodzenia Wykonawcy lub Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy (wykonanie zastępcze)”. Wykonawca kwestionuje zasadność uprawnienia Zamawiającego do zlecenia Usługi do wykonania podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy. Sankcja tego rodzaju jest opatrzona nadmiernym ryzykiem po stronie Wykonawcy i nie wydaje się uzasadnioną przy tego rodzaju kontrakcie. Z tytułu niedotrzymania gwarantowanych parametrów Wykonawca obciążony jest obowiązkiem udzielenia bonifikat, obowiązkiem zapłaty kary umownej o której mowa w niniejszym postanowieniu oraz ryzykiem rezygnacji z danej Lokalizacji przez Zamawiającego. Powyższe konsekwencje są wystarczającą „mobilizacją” dla Wykonawcy by dbać o bezawaryjne świadczenie usług. Dalej podał, że niejednoznaczny opis wykonania zastępczego jest tym bardziej niekorzystny dla wykonawcy z uwagi na fakt, że Zamawiający przewidział bardzo restrykcyjny sposób pomiaru parametru RTD będący wartością średnią dla wszystkich najgorszych wartości godzinowych (najgorszy wynik w każdej godzinie zegarowej) pomiarów wykonanych w ciągu miesiąca dla każdej Lokalizacji objętej pomiarem. Zwiększa to po stronie wykonawcy ryzyko, że dojdzie do sytuacji w której Zamawiający skorzysta z uprawnienia do wykonania zastępczego.

Wykonawca wniósł o wykreślenie postanowienia dotyczącego wykonania zastępczego oraz obniżenie wymagań dla parametru RTD.

k) w Rozdziale 1 ust. 6 pkt 2.1.1 i 2.1.2 Zamawiający opisał w sposób niejednoznaczny wymagania dotyczące zaawansowanych usług sieciowych. Zamawiający nie określił jaki należałoby przyjąć podział pasma pomiędzy wymaganą ilość VRFów dla poszczególnych typów lokalizacji. Taka informacja może mieć istotne znaczenie przy określaniu wydajności urządzeń CE (wydajność procesora, pojemność pamięci etc.) a w konsekwencji wpływ na wysokość złożonej oferty. Dodatkowo nie zostało przez Zamawiającego określone czy parametry QoS SLA wskazane dla 5 klas ruchu CoS mają dotyczyć wszystkich VRFów czy tylko jednego. Brak informacji, o których mowa powyżej uniemożliwia rzetelne skalkulowanie oferty z uwagi na brak danych na temat urządzeń, jakie są niezbędne do świadczenia usługi, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Ponadto, brak jednoznacznego opisanie wymagań pociąga za sobą ryzyko różnych interpretacji zapisów siwz i w konsekwencji istnieje wysokie prawdopodobieństwo przygotowania nieporównywalnych ofert przetargowych. W niniejszym postępowaniu konieczny będzie zakup blisko 5000 urządzeń CE co stanowi niebagatelną wartość liczoną w milionach złotych. Dlatego opis wymagań musi jednoznacznie wskazywać

na wymagane funkcjonalności, tak aby wykonawca mógł optymalnie skalkulować koszty realizacji usługi.

Wykonawca wniósł o doprecyzowanie warunków QoS i opisu technicznego w sposób umożliwiający optymalny dobór sprzętu dla realizacji zamówienia, w szczególności poprzez uszczegółowienie [doprecyzowanie] wymagań.

l) zgodnie z rozdziałem 1 ust. 5, Zamawiający dopuścił świadczenie usługi w lokalizacjach T5-T6 za pomocą łączy asymetrycznych. W Rozdziale 1. OPZ - Wymagania ogólne, ppkt 2 i 2.2 Zamawiający wymaga aby dla łączy kategorii T5 - T6 wykorzystane zostały łącza asymetryczne z jednoczesnym zastrzeżeniem, że transmisja w ramach usługi IP VPN będzie objęta SLA również w zakresie parametrów transmisyjnych dla zdefiniowanych klas ruchu. W tym samym miejscu Zamawiający dopuszcza dla powyższych kategorii łączy (tzn. T5 i T6) wykorzystanie łączy symetrycznych z zastrzeżeniem, że ich przepustowość nie może być niższa niż większa z wartości przepustowości dla łącza asymetrycznego dla danej kategorii łącza. W pkt 6 Warunki na urządzenia CE ppkt 2.1.1 i 2.1.2. Zamawiający wymaga minimum 10 VRF dla łączy kategorii T1 - T4 oraz 5 VRFów dla łączy kategorii T5 - T7. W rozdziale 5, „Warunki niezawodności świadczenia usług oraz sposób obliczania opłat w przypadku zaistnienia przerw”, 1. Opis usług dotyczących obsługi sieci WAN_PP, tabele 5, 6 i 7 Zamawiający wymaga, aby dla łączy T5 i T6 zapewniona była obsługa klasy ruchu CoS V1 i V2, które są zarezerwowane w sieci MPLS do obsługi aplikacji multimedialnych (tzn. głos, wideo itp.). Zamawiający nie wskazał w SIWZ jakie pasmo jest przez niego wymagane dla obsługi ruchu multimedialnego. Nie określił też ilości kanałów głosowych w poszczególnych typach łączy (np. T5 i T6). Wobec powyższego istnieje duże prawdopodobieństwo że przepustowość uplink, którą Zamawiający w łączach asymetrycznych T5 (4/1 Mb/s) i T6 (6/1 Mb/s) określił jako równą 1 Mb/s będzie niewystarczająca do świadczenia transmisji multimedialnej i transmisji danych a zwłaszcza do zagwarantowania spełnienia parametrów QoS SLA, wymaganych przez aplikacje multimedialne (np. jitter). Powyższe wynika z doświadczenia Odwołującego, jako wieloletniego operatora, stosującego standardy inżynierii sprawdzone w licznych projektach sieci MPLS o zasięgu krajowym i świadczącego dostępy ADSL dla Operatorów Alternatywnych. Podał także, że w sieciach transportujących ruch czasu rzeczywistego np. VoIP wysoce zalecane jest i praktykuje się stosowanie łączy symetrycznych. Łącza symetryczne w odróżnieniu od asymetrycznych gwarantują jednakowe warunki transmisji ruchu w obu kierunkach w tym niezbędne dla transmisji danych wrażliwych gwarancje pasma, opóźnienia, Jitter, stratę pakietów. W przypadku łączy asymetrycznych taka gwarancja stabilności jest bardzo trudna do osiągnięcia i praktycznie

możliwa jedynie w określonych przypadkach, których Zamawiający nie definiuje jako jedyne jakich będzie wymagał.

Wykonawca stwierdzając, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny wniósł o wykreślenie możliwości stosowania łączy asymetrycznych dla lokalizacji T5-T6, ewentualnie pozostawienia możliwości świadczenia usług za pomocą łączy asymetrycznych przy usunięciu wymagań jakości usług i monitoringu. Uszczegółowienie wymagań będzie miało wpływ na wykorzystaną przez wykonującego technologię, wykorzystany sprzęt ewentualną możliwość podpisania porozumienia trójstronnego dotyczącego transmisji głosu.

m) w rozdziale 5 pkt ppkt 15.3 OPZ Zamawiający precyzuje sposób wykonywania pomiarów parametrów jakości usługi w następujący sposób: „zastosowanie urządzeń w POP generujących pakiety testowe testujące wszystkie ruchowe parametry jakości usługi (QoS) będą mierzone w jednym cyklu rozliczeniowym między wszystkimi punktami sieci Zamawiającego, z których punktem początkowym jest lokalizacja POP a punktem docelowym jest dowolna Lokalizacja, gdzie znajdują się routery CE Wykonawcy, tzw. system „jeden do wielu” (ang. one-to-many)”. Sposób przyjęty przez Zamawiającego jest oczywiście zgodny ze stosowaną powszechnie sztuką pomiaru parametrów dla sieci transmisji danych WAN budowanych w topologii „każdy z każdym” (czyli typem sieci będącym przedmiotem podstępowania). Jednakże punktem 13 tego samego rozdziału OPZ, Zamawiający zaprzecza metodologii przyjętej w zacytowanym powyżej pkt 15.3. Mianowicie zapis, iż „Gwarantowane są parametry jakościowe (QoS) dla dowolnej pary lokalizacji. Bonifikaty naliczane są na podstawie pomiaru parametrów jakości z Lokalizacji POP. Zamawiający może dodatkowo badać zgodność parametrów jakości pomiędzy dwoma dowolnymi lokalizacjami w sieci IP VPN Zamawiającego z wartościami parametrów SLA” w praktyce będzie skutkowało dokonywaniem pomiaru nie pomiędzy „lokalizacją POP a punktem docelowym” a „pomiędzy lokalizacją POP a dwoma dowolnymi lokalizacjami w sieci”. W konsekwencji tak uzyskany pomiar nie odzwierciedla rzeczywistych parametrów jakościowych sieci pomiędzy wskazanymi lokalizacjami. Sieci MPLS budowane są w topologii „każdy z każdym”. Ruch produkcyjny w takich sieciach jest wykonywany bezpośrednio pomiędzy lokalizacją A i B, natomiast ruch pomiarów SLA jest wykonywany pomiędzy lokalizacjami POP-A, POP-B. Dlatego też ruch pomiarowy SLA nie odzwierciedla faktycznych parametrów jakościowych SLA na sieci pomiędzy lokalizacjami A i B. Zaznaczył, że wykonawca będzie zobowiązany do dochowania zdefiniowanych przez Zamawiającego parametrów SLA, pod groźbą wypłaty bonifikat, dlatego też istotne jest precyzyjne określenie sposobu dokonywania pomiarów, w celu właściwego oszacowania przez wykonawcę ryzyka.

Wykonawca wniósł o usunięcie punktu 13 rozdział 5 OPZ

5. Zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, przy czym Zamawiający może wymagać osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi, oraz prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ani nie określił, że dopuszczalne jest posłużenie się podwykonawcami, ani nie nakazał osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zgodnie z Roz. XVIII ust. 1 siwz „Wykonanie przedmiotu zamówienia może być powierzone podwykonawcy. Z drugiej strony, jak wynika z Roz. XVIII ust. 3 siwz „Zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą obejmującej realizację części zamówienia wymaga w każdym przypadku zgody Zamawiającego udzielonej zgodnie z warunkami określonymi w Umowie. Oznacza to, że dopuszczenie podwykonawstwa ma charakter warunkowy, a Zamawiający doprecyzuje swoje wymagania w tym zakresie już po podpisaniu umowy ws. zamówienia publicznego. W konsekwencji prowadzi to do sytuacji, w której wykonawca nie ma wiedzy o tym, czy może posłużyć się podwykonawcą, co utrudnia skalkulowanie oferty.

Wykonawca wniósł o wykreślenie ust. 3 w rozdziale XVIII siwz, ewentualnie o wskazanie w jakim zakresie dopuszczalne jest podwykonawstwo, a w jakim zamówienie musi zostać wykonane osobiście przez wykonawcę.

6. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do konieczności posiadania przez osoby zdolne do wykonania zamówienia certyfikatów w dziedzinie sieciowej od producenta technologii sieciowej urządzeń wdrażanych w ofercie (Rozdział. IX ust. 4 lit. b) - d)) należy uznać za niespełniający wymagań ustawowych. W pierwszej kolejności zaznaczył, że wymaganie takie narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. Premiuje bowiem dostawców popularniejszych technologii, dla których odpowiednia ilość certyfikowanych inżynierów jest dostępna na rynku. Może się bowiem okazać, że mimo iż świadczenie usług w technologii danego producenta jest dopuszczalne zgodnie z wymaganiami technicznymi, zastosowanie jej będzie wykluczone ze względu na brak odpowiedniej ilości inżynierów z wymaganymi certyfikatami. Takie wymaganie jest także nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do lokalizacji T7 - w przypadku, gdy świadczone będą za pomocą dostępow GSM. Na system transmisji GSM składają się bowiem urządzenia od wielu różnych dostawców, stąd pozyskanie odpowiednich certyfikatów mogłoby się okazać z

jednej strony niemożliwe, z drugiej zaś nieproporcjonalne w tym sensie, że nie ma potrzeby, aby każda osoba posiadała potwierdzone umiejętności techniczne dla urządzeń pochodzących od wszystkich producentów, gdyż nie ma konieczności, aby jedna osoba obsługiwała urządzenia od wszystkich producentów, przeciwnie z reguły określone osoby zajmują się sprzętem poszczególnych producentów. Wykonawca podkreślił, że wymaganie to dodatkowo utrudnia sporządzenie oferty, gdyż wykonawca nie mając możliwości przeprowadzenia wizji lokalnych nie może określić technologii, jakie będzie stosował.

Wykonawca wniósł o zmianę opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymagań dotyczących osób zdolnych do wykonania zamówienia, określonych w rozdziale IX ust. 4 lit. b) - d) siwz poprzez zastrzeżenie, że wymóg posiadania, przez osoby zdolne do wykonania zamówienia, certyfikatów w dziedzinie sieciowej od producenta technologii sieciowej urządzeń wdrażanych w ofercie dotyczy jedynie certyfikatów od producenta technologii, która została wdrożona w największej liczbie lokalizacji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania wniósł w szczególności o oddalenie każdego z odwołań z uwagi na ich bezzasadność oraz bezprzedmiotowość podniesionych w nich zarzutów i złożonych wniosków. Z uwagi na fakt, że niektóre zarzutów powtarzają się w więcej niż jednym odwołaniu, argumenty potwierdzające ich bezzasadność zostały przyporządkowane do zarzutów dotyczących poszczególnych postanowień ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”) i w takiej kolejności zostały omówione.

I. Zarzuty dotyczące technologii radiowej – [z odwołań KIO 2000/14 i 2002/14]

Zgodnie z postanowieniami rozdziału 1 ust. 2 pkt 2 oraz 3 Załącznika nr 3 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia (dalej jako „OPZ”), Zamawiający dopuścił świadczenie usług z wykorzystaniem łącz radiowych w przypadku, gdy Wykonawca nie może dostarczyć łącza kablowego dla danej Lokalizacji oraz po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym. Intencją zamawiającego jest, aby wykorzystanie technologii radiowej było dopuszczalne jedynie w sytuacjach wyjątkowych, w szczególności gdy zainstalowanie łącza kablowego dla określonej Lokalizacji nie jest możliwe lub jest znacząco utrudnione albo zbyt kosztowne z uwagi na uwarunkowania techniczne tej lokalizacji.

Całkowicie bezzasadne i niewykazane są twierdzenia odwołujących GTS oraz Orange, zgodnie z którymi zastosowanie technologii radiowej powinno być dopuszczone jako

równoważne wobec technologii kablowej, zaś to wykonawca powinien mieć nieograniczoną możliwość decydowania o użyciu konkretnej technologii dla danej Lokalizacji.

Podkreślił, że fundamentalną zasadą prawa zamówień publicznych jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób umożliwiający spełnienie uzasadnionych potrzeb zamawiającego i osiągnięcie zakładanych celów biznesowych. Podstawowym celem zamawiającego w postępowaniu jest uzyskanie produktu spełniającego jego wszystkie uzasadnione potrzeby. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że bardziej dogodnie dla odwołujących warunki wykonania zamówienia nie mogą przysłonić uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Konkurencja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest kategorią absolutną i powołując się na nią nie można zmuszać zamawiających do zakupu usług niespełniających jego wymagań (do takiego zaś niekorzystnego dla Zamawiającego efektu dążą w istocie odwołujący). Odwołujący, zdaniem Zamawiającego głosząc nieprawdziwe tezy o rzekomej równoważności technologii kablowej i radiowej celowo przemilczają kluczowe z punktu widzenia działalności prowadzonej przez Zamawiającego wady technologii radiowej, powodujące, że nie sposób zaakceptować możliwości jej szerokiego i nieograniczonego zastosowania przy realizacji przedmiotowego zamówienia. W szczególności należy zwrócić uwagę, że technologia radiowa w porównaniu z technologią kablową charakteryzuje się znacznie wyższą podatnością na zakłócenia wynikające ze zmian warunków atmosferycznych, zakłócenia wynikające ze zmian umiejscowienia okolicznej zabudowy, a także poważne trudności dla Zamawiającego w zweryfikowaniu dotrzymania określonych w OPZ parametrów SLA. Nie ma również racji odwołujący GTS twierdząc, iż wymóg świadczenia usług w oparciu o technologię kablową celowo ogranicza konkurencję w Postępowaniu na korzyść Orange. Zwrócił uwagę, że aktualny stan infrastruktury kablowej oraz istnienie określonych przewag konkurencyjnych między wykonawcami funkcjonującymi na rynku nie ma jakiegokolwiek wpływu na ocenę zgodności opisu przedmiotu zamówienia z wymogami art. 29 ust. 2 Pzp. Istniejący stan faktyczny, na który zamawiający nie ma jakiegokolwiek wpływu nie może być zatem podstawą do oceny zgodności jego działań z przepisami ustawy. Podał także, że pomimo twierdzeń GTS o rzekomym faworyzowaniu Orange przez Zamawiającego, także ten drugi wykonawca w swoim odwołaniu domaga się dopuszczenia możliwości świadczenia usług drogą radiową, co potwierdza nieprawdziwość tezy o rzekomym celowym ograniczeniu konkurencji przez zamawiającego. Żądania odwołujących uznać zatem należy za wzajemnie sprzeczne i pozbawione podstaw prawnych i faktycznych. Stwierdził, że nie sposób przy tym uczynić zadość wnioskowi formułowanemu przez Orange, aby Zamawiający już w SIWZ sprecyzował dla wszystkich Lokalizacji warunki dopuszczenia świadczenia usług drogą radiową. Intencją Zamawiającego jest, aby technologia radiowa stanowiła wyjątkową i

jedynie zastępczą metodę realizacji zamówienia, wyłącznie w przypadku, gdy niemożliwe lub znacząco utrudnione będzie skorzystanie z technologii kablowej. Mając powyższe na uwadze nie sposób przesądzić na etapie tworzenia SIWZ, dla których z ponad 4700 Lokalizacji oraz w jakich okolicznościach konieczne będzie wykorzystanie technologii radiowej, zwłaszcza że konieczność ta może nie być uzależniona od obiektywnych przyczyn, lecz również okoliczności związanych z cechami konkretnego wykonawcy. Chybione jest zatem twierdzenie Orange, jakoby bez dokładnego określenia, w których miejscach dopuszczona będzie technologia radiowa niemożliwe lub utrudnione było skalkulowanie ceny oferty. W świetle postanowień SIWZ nie ulega bowiem wątpliwości, że to technologia kablowa jest podstawowym sposobem realizacji zamówienia i to właśnie ona powinna stanowić punkt odniesienia dla wykonawców przy kalkulacji ceny oferty.

Za całkowicie niezasadne i niekorzystne dla Zamawiającego byłoby, jego zdaniem, również zaakceptowanie postulowanego przez GTS rozwiązania, aby dopuścić świadczenie usług w oparciu o łącza typu radiolinia punkt-wielopunkt w paśmie koncesjonowanym. W tym przypadku podkreślił, że takie rozwiązanie może dotyczyć jedynie dużych miast, gdzie występuje znaczne nasycenie urzędów pocztowych, a tym samym, z punktu widzenia Zamawiającego, generowane są duże przychody. W przypadku masowego użycia tej technologii na terenie miasta istnieje duże prawdopodobieństwo wystąpienia awarii masowej (pogorszenie warunków pogodowych, zakłócenia propagacyjne, zakłócenia od innych użytkowników realizujących usługi w tej technologii), a co za tym idzie przerw w świadczeniu usług i strat finansowych dla Zamawiającego, których nie zrekompensują ewentualne bonifikaty lub kary umowne nałożone na wykonawcę. W związku z powyższym zaakceptowanie wniosku GTS o dopuszczenie technologii radiowej w systemie punkt-wielopunkt stałoby w ewidentnej sprzeczności z potrzebą Zamawiającego do zapewnienia ciągłego i bezawaryjnego świadczenia usług. Podkreślił, że mimo odpowiedniego zaprojektowania i zainstalowania linii radiowych oraz przestrzegania obowiązujących regulacji przez wykonawcę, praktyka pokazuje w sposób jednoznaczny, że technologia radiowa jest dużo bardziej podatna na zakłócenia (szczególnie w przestrzeni silnie zurbanizowanej) niż technologia kablowa, w związku z czym z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego jej stosowanie jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach i nie może być postrzegane, jako równoważne wobec technologii kablowej. Z tego powodu zarzuty odwołujących należy uznać za całkowicie bezzasadne i niezasługujące na uwzględnienie.

II. Zarzut dotyczący sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu [z odwołania KIO 2000/14]

W rozdziale IX ust. 3 SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy: a) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali (wykonują) co najmniej 2 (dwa) zamówienia, których przedmiotem były (są) usługi transmisji danych dla co najmniej 2 (dwóch) różnych infrastruktur sieciowych IP VPN przy czym każda z usług była Q'est) wykonywana dla co najmniej 100 lokalizacji i była świadczona nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy; oraz b) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali (wykonują) co najmniej 2 (dwa) zamówienia, których przedmiotem w przypadku każdego z zamówień były (są) usługi wdrożenia urządzeń monitoringu lub usługi typu NOC (Network Operation Center) rozległej infrastruktury urządzeń sieci WAN obejmujących co najmniej 100 łączy i co najmniej 100 routerów CE. Jego zdaniem twierdzenia odwołującego GTS, jakoby tak skonstruowany warunek udziału w Postępowaniu był opisany w sposób niejasny i nieprecyzyjny są całkowicie bezzasadne, niezrozumiałe i nie znajdują oparcia w literalnej wykładni postanowień SIWZ. Podkreślił, że skoro Zamawiający nie wprowadził jakichkolwiek dodatkowych ograniczeń dotyczących ww. warunków udziału w Postępowaniu, to nie sposób interpretować zaskarżonych postanowień SIWZ w sposób rozszerzający i niekorzystny dla wykonawców. Takim ograniczeniem byłoby m. in. wprowadzenie do SIWZ klauzuli o przykładowej treści n W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w lit. a) i b) powyżej nie jest dopuszczalne powołanie się na realizację tej samej usługi jednocześnie na potrzeby wykazania spełniania warunku, o którym mowa w lit. a) powyżej oraz warunku, o którym mowa w lit. b) powyżej." Zamawiający nie sformułował jednak takiego ograniczenia, co jest równoznaczne z dopuszczeniem możliwości użycia tej samej usługi do wykazania spełniania jednocześnie obu warunków udziału w Postępowaniu (zgodnie z zasadą, że co nie jest zakazane - jest dozwolone). Przeciwnie twierdzenia odwołującego GTS nie znajdują natomiast jakiegokolwiek uzasadnienia w świetle postanowień SIWZ. Potwierdza to zresztą pośrednio sam GTS, który w pkt 1.5 uzasadnienia odwołania zaznacza, że usługa opisana w lit. b) nie jest usługą zamawianą w ramach odrębnego zamówienia, lecz jest wykonywana jako element świadczenia usług operatora sieci WAN. Oznacza to, że w świetle powszechnej i znanej wykonawcom praktyki rynkowej nie sposób uznać warunków udziału w Postępowaniu za niejasne bądź nieprecyzyjne tak, jak uczynił to odwołujący GTS.

III. Zarzuty dotyczące terminu realizacji Prac Wdrożeniowych [z odwołania KIO 1987 i KIO 2000]

Zamawiający w SIWZ oraz Projekcie Umowy określił termin zakończenia realizacji wszystkich Prac Wdrożeniowych na 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Z tak określonymi warunkami realizacji zamówienia nie zgadzają się odwołujący Exatel oraz GTS. Twierdzenia ich są całkowicie bezzasadne i nieudowodnione. Zamawiający ustalił termin realizacji Prac Wdrożeniowych kierując się z jednej strony swoimi uzasadnionymi założeniami biznesowymi, z drugiej zaś mając na względzie informacje uzyskane od wykonawców w wyniku rozpoznania rynku. W następstwie tych działań Zamawiający uzyskał potwierdzenie, że termin 12 miesięcy na realizację Prac Wdrożeniowych jest terminem optymalnym, uwzględniającym w maksymalnym stopniu interesy zarówno Zamawiającego, jak i wykonawców. Podkreślił, że postulowane przez odwołujących wydłużenie terminu realizacji Prac Wdrożeniowych jest niedopuszczalne z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a to z uwagi na fakt, że wydłużenie terminu realizacji Prac Wdrożeniowych do 24 miesięcy jednocześnie skróciłoby nominalny okres świadczenia Usług do 24 miesięcy, co nie może być zaakceptowane przez Zamawiającego. Co więcej, Zamawiający nie może sobie pozwolić na opóźnienie w realizacji Prac Wdrożeniowych z uwagi na upływający w dniu 30 czerwca 2015 r. termin ważności gwarancji rabatów przyznanych Zamawiającemu zgodnie z obowiązującym porozumieniem zawartym między Zamawiającym a aktualnym operatorem sieci WAN tj. Orange. Po tym terminie Zamawiający narażony jest na ryzyko wzrostu kosztów usług świadczonych przez dotychczasowego wykonawcę (Orange). Tym samym niezrealizowanie Prac Wdrożeniowych w określonym przez Zamawiającego terminie 12 miesięcy może nieść za sobą poważne, negatywne konsekwencje finansowe dla Zamawiającego. Zaznaczył, że badanie rynku przeprowadzone przez Zamawiającego w sierpniu 2011 r. oraz powtórzone bezpośrednio przed wszczęciem Postępowania w lipcu i sierpniu 2014 r. wykazało w sposób jednoznaczny, że wykonawcy są w stanie zrealizować Prace Wdrożeniowe w terminie 12 miesięcy od daty podpisania Umowy (w ww. badaniach rynku uczestniczyli m. in. odwołujący GTS oraz Exatel). Uczestniczący w badaniach rynku wykonawcy potwierdzili, że termin 12 miesięcy na wykonanie Prac Wdrożeniowych jest stosunkowo rygorystyczny, jednakże obiektywnie możliwy do dotrzymania. Jako dowód przedstawił wyciąg ze sprawozdania z badania rynku przeprowadzonego w sierpniu 2011 r. Dalej podał, że wychodząc naprzeciw oczekiwaniom wykonawców Zamawiający przewidział w § 3 ust. 10 umowy możliwość uruchomienia łączy tymczasowych przez okres 4 miesięcy od dnia zakończenia Prac Wdrożeniowych w Lokalizacji i podpisania Częściowego Protokołu Odbioru, co de facto wydłuża do 16 miesięcy okres zapewniony wykonawcom na osiągnięcie pełnej funkcjonalności łączy. Całkowicie niezasadne i pozbawione związku z prowadzonym Postępowaniem jest zdaniem

Zamawiającego również powoływanie się przez odwołujących na czas przeznaczony na realizację Prac Wdrożeniowych w innych przetargach na świadczenie usług sieci WAN. Każdy zamawiający jest bowiem uprawniony do indywidualnego określenia swoich potrzeb w zakresie terminu realizacji zamówienia, gdyż wynikają one z właściwych dla tego konkretnego zamawiającego okoliczności faktycznych. Za pozbawione racji Zamawiający uznał również twierdzenia odwołujących, iż średnia dzienna liczba Lokalizacji, w jakiej zostaną wykonane Prace Wdrożeniowe oscylująca w granicach 20-30 placówek dziennie jest obiektywnie niemożliwa do wykonania. Tezie takiej przeczą m. m. wyraźne ustalenia z badania rynku przeprowadzonego w sierpniu 2011 r., z którego wprost wynika, że możliwe jest wykonanie 30-40 Lokalizacji dziennie, co jednak wymaga aktywnej współpracy obu stron umowy. Również z doświadczeń samego Zamawiającego wynika, że wykonanie średnio 30 Lokalizacji dziennie jest obiektywnie możliwe, co potwierdza m. in. dotychczasowa współpraca z wykonawcą Orange, gdzie w okresie od listopada 2012 do sierpnia 2013 wykonane zostały Prace Wdrożeniowe dla łącznie 4700 Lokalizacji, co daje średnią 25 Lokalizacji dziennie. Dla zobrazowania tych twierdzeń przedstawił wykres - Dzienna liczba Lokalizacji uruchomionych przez Orange w latach 2012-2013. Zdaniem Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że każdy wykonawca zainteresowany świadczeniem usług na rzecz Zamawiającego będzie w stanie dotrzymać terminu realizacji Prac Wdrożeniowych określonego przez Zamawiającego, pod warunkiem zapewnienia właściwej organizacji prac oraz odpowiednich zasobów ludzkich i technicznych niezbędnych do prawidłowego wykonania umowy. W konkluzji wskazał, że żądania odwołań są pozbawione podstaw faktycznych i prawnych oraz zmierzają wyłącznie do nieuzasadnionego poprawienia pozycji kontraktowej wykonawcy kosztem Zamawiającego.

IV. Zarzuty dotyczące rzekomych ograniczeń w możliwości korzystania z podwykonawców

Zamawiający w § 3 ust. 12 Projektu Umowy wprowadził wymóg, zgodnie z którym przy realizacji przedmiotu Umowy wykonawca może korzystać ze świadczeń podmiotów trzecich jako podwykonawców, pod warunkiem uzyskania uprzedniej, pisemnej zgody Zamawiającego. Naruszenie tego obowiązku przez wykonawcę może powodować nałożenie na niego kary umownej w wysokości określonej w § 12 ust. 6 Projektu Umowy. Postanowienia te jego zdaniem stanowią standardowe klauzule umowne powszechnie stosowane w obrocie gospodarczym, stąd też zupełnie niezrozumiałe jest kwestionowanie ich przez odwołujących Exatel i Orange. Całkowicie nieuprawnione są w szczególności twierdzenia Exatel, jakoby Zamawiający był ograniczony postanowieniami art. 36b Pzp i nie mógł w Projekcie Umowy określić dalej idących wymogów w zakresie korzystania z podwykonawców. Badanie przez Zamawiającego na etapie przetargu zamiaru podzlecenia

przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcom jest bowiem niezależne od instytucji akceptacji Zamawiającego dla osoby konkretnego podwykonawcy udzielanej na etapie realizacji umowy. W celu zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia oraz ochrony swoich uzasadnionych interesów (w szczególności ochrony informacji), Zamawiający musi być uprawniony do weryfikowania podmiotów, jakimi wykonawca zamierza posłużyć się przy realizacji umowy. Nie przekracza zatem granic zasady swobody umów skonstruowanie uprawnienia zamawiającego do tego, aby w określonych przypadkach nie wyrazić zgody na realizację części zamówienia przez podwykonawcę, który np. nie daje rękojmi należytego wykonania swoich zobowiązań lub można mu zarzucić niewłaściwe postępowanie w zakresie ochrony informacji przekazywanych przez kontrahentów. Nie jest przy tym możliwe przeprowadzenie takiej weryfikacji na etapie postępowania przetargowego, nie tylko z przyczyn faktycznych, ale również z powodu ograniczeń wynikających m. in. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp. Całkowicie niezasadne są zatem twierdzenia odwołującego Exatel, jakoby celem postanowień Umowy dających Zamawiającemu pewną kontrolę nad podwykonawcami było ograniczenie konkurencji na rzecz podmiotów, które posiadają największe własne zasoby ludzkie. Nie jest również zasadne twierdzenie o nieograniczonej niczym swobodzie Zamawiającego w niewyrażaniu zgody na korzystanie z podwykonawców. W takiej bowiem sytuacji zastosowanie znajdą ogólne zasady odpowiedzialności stron wynikające z prawa cywilnego, wobec czego gdyby teoretycznie Zamawiający próbował w złej wierze, w sposób rażący i uporczywy uniemożliwić udział podwykonawców w realizacji umowy, wówczas narażałby się na roszczenia ze strony wykonawcy oraz możliwość zwolnienia się przez wykonawcę z odpowiedzialności wobec Zamawiającego. Również, zdaniem Zamawiającego, bezzasadne i niezrozumiałe są wnioski odwołującego Orange, który podnosi, że Zamawiający rzekomo nie sprecyzował, czy dopuszczalne jest posłużenie się podwykonawcami ani też nie nakazał osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Twierdzenia te są obarczone błędem i wynikają prawdopodobnie z niezrozumienia treści SIWZ przez odwołującego. W świetle postanowień rozdz. XVIII SIWZ oraz § 3 ust. 12 Projektu Umowy jasnym i niebudzącym wątpliwości jest, że Zamawiający dopuszcza, co do zasady wykonanie zamówienia przez podwykonawców i nie wprowadza w tym zakresie jakichkolwiek ograniczeń, rezerwując sobie przy tym prawo do weryfikacji osób podwykonawców na etapie realizacji umowy, co nie narusza jakichkolwiek przepisów Pzp, równowagi kontraktowej stron a także pozostaje w zgodności z zasadą swobody umów oraz powszechnie obowiązującymi praktykami rynkowymi.

V. Zarzuty dotyczące obowiązku zawarcia porozumienia trójstronnego

W § 17 Projektu Umowy Zamawiający sformułował szereg postanowień określających wstępne ramy przyszłej współpracy wykonawcy przedmiotu tego zamówienia z wykonawcą wyłonionym w prowadzonym równolegle postępowaniu, którego przedmiotem jest modernizacja telefonii głosowej w Poczcie Polskiej S.A. (prace nad dokumentacją dla tego postępowania nie zostały jeszcze ukończone jednakże projekt umowy będzie tam zawierał bliźniacze postanowienia do tych, o których mowa w § 17 Projektu Umowy). Postanowienia te mają charakter zbliżony do listu intencyjnego i formułują obowiązek zawarcia porozumienia trójstronnego pomiędzy obydwoma wykonawcami oraz Zamawiającym. Zdaniem Zamawiającego twierdzenia odwołujących Exatel oraz Orange kwestionujące treść § 17 Projektu Umowy są niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie. Obowiązek zawarcia porozumienia trójstronnego służy uzasadnionym potrzebom Zamawiającego i ma na celu właściwe nadzorowanie realizacji obu projektów, w szczególności w zakresie obszarów problemowych, na których mogą występować kolizje dotyczące kompetencji i odpowiedzialności obu wykonawców. Specyfika i złożoność obu projektów sprawia, że takich sytuacji prawdopodobnie nie da się uniknąć, w związku z czym powinny istnieć czytelne i jasne zasady odpowiedzialności wykonawców wobec Zamawiającego w sytuacjach, gdy niemożliwe lub znacząco utrudnione będzie stwierdzenie, który z wykonawców naruszył postanowienia umowy w sposób narażający Zamawiającego na szkodę. Przykładowo przesądzenie warunków przyszłej współpracy może być konieczne dla określenia podmiotu odpowiadającego za awarię i jej usunięcie podczas problemów z transmisją na styku sieci IP VPN Wykonawców obu usług. Kolejnym przykładem może być potrzeba migracji ze starej sieci WAN do nowej we współpracy z dostawcą świadczącym usługi VoIP dla danej Lokalizacji. Zamawiający podkreślił, że na obecnym etapie nie jest możliwe dokładne określenie treści postanowień porozumienia trójstronnego, w szczególności z uwagi na fakt, iż nie zostały jeszcze sfinalizowane prace nad ostatecznymi postanowieniami dokumentacji przetargowej na projekt modernizacji telefonii głosowej. Ponadto, wiele szczegółowych problemów natury technicznej może stać się znana dopiero na etapie realizacji każdej z umów (w szczególności w trakcie realizacji Prac Wdrożeniowych), w związku z czym sformułowanie propozycji uregulowania tych kwestii w ramach porozumienia trójstronnego będzie możliwe dopiero po przeprowadzeniu przez obu wykonawców odpowiednich analiz i dokonaniu stosownych uzgodnień. Nie jest zatem obiektywnie możliwe zadośćuczynienie wnioskowi odwołującego Orange, aby treść porozumienia trójstronnego została wiążąco określona już na obecnym etapie jako element SIWZ. Nie sposób również zgodzić się z zdaniem zamawiającego, z twierdzeniami Odwołujących, jakoby obowiązki przewidziane w § 17 Projektu Umowy utrudniały czy też uniemożliwiały im sporządzenie oferty. Chybione jest również twierdzenie Exatel, jakoby wobec braku treści porozumienia trójstronnego nie był

znany zakres świadczenia wykonawcy na etapie składania oferty. Zakres ten został bowiem wyczerpująco określony w SIWZ, natomiast porozumienie trójstronne będzie dotyczyło wyłącznie tzw. reguł kolizyjnych (rozwiązywania problemów na wspólnych obszarach). Zobowiązania wynikające z porozumienia trójstronnego są zatem sformułowane w sposób na tyle ogólny i elastyczny, że nie można wywodzić, jakoby ich treść utrudniała lub uniemożliwiała wykonawcom przygotowanie analizy kosztów. Niezależnie od powyższego, zawarcie porozumienia trójstronnego leży w dobrze rozumianym interesie obu wykonawców, w związku z czym sformułowane w odwołaniach zarzuty są dla zaskakujące i niezrozumiałe. W konkluzji stwierdził, że zarzuty odwołujących nie zasługują na uwzględnienie z uwagi na ich bezzasadność oraz fakt, że ich celem jest wyłącznie nieuzasadniona ingerencja w sferę interesów Zamawiającego oraz pozbawienie go możliwości nadzoru nad realizacją dwóch kluczowych dla niego projektów.

VI. Zarzut dotyczący zastrzeżenia Załącznika nr 12 do SIWZ jako tajemnicy przedsiębiorstwa [KIO 1987 i KIO 2000]

Zgodnie z rozdziałem V ust. 3 SIWZ, Załącznik nr 12 do SIWZ zawierający wykaz wszystkich Lokalizacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego i z tego powodu jest udostępniany wykonawcom pod warunkiem wypełnienia i złożenia Pełnomocnikowi Zamawiającego oświadczenia o zachowaniu poufności przygotowanego na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ. Zamawiający tym samym w celu ochrony informacji wrażliwych z punktu widzenia prowadzonej przez niego działalności skorzystał z uprawnienia, jakie zapewnia mu art. 138c ust. 1 pkt 1 Pzp. Dalej podał, że twierdzenia odwołujących Exatel i GTS, w których kwestionują oni możliwość zastrzeżenia poufnego charakteru Załącznika nr 12 do SIWZ są całkowicie bezzasadne i nie zasługują na uwzględnienie. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że obowiązujące przepisy nie różnicują uprawnienia zamawiającego sektorowego do zobowiązania wykonawców do zachowania poufności przekazanych informacji od trybu, w którym prowadzone jest Postępowanie. Nie jest zatem prawdziwa teza, iż w przetargu nieograniczonym skorzystanie z możliwości przewidzianej w art. 138c ust. 1 pkt 1 Pzp jest niedopuszczalne. Przepis ten bowiem jako regulacja szczególna dotycząca zamawiających sektorowych wyłącza w zakresie dokumentów objętych poufnością obowiązki publikacyjne zamawiającego określone w art. 42 ust. 1 Pzp (podobne stanowisko wyraża w tym zakresie na gruncie dyrektywy sektorowej S. Arrowsmith w: *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londyn 2010, s. 958). Podkreślił, że Zamawiający zastrzegając poufność Załącznika nr 12 do SIWZ nie naruszył (wbrew twierdzeniom odwołujących) przepisów Pzp, w szczególności zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasady równego traktowania wykonawców. Możliwość zapoznania się z Załącznikiem nr 12 do SIWZ ma

bowiem nieograniczony krąg podmiotów zainteresowanych udziałem w realizacji zamówienia, czy to w charakterze wykonawcy czy też w charakterze podwykonawcy. Nie istnieją również jakiegokolwiek bariery utrudniające dostęp do załącznika poza czysto formalnym obowiązkiem przekazania oświadczenia o zachowaniu poufności. Tym samym całkowicie niezrozumiałe są twierdzenia odwołujących o uniemożliwieniu im przekazania treści Załącznika nr 12 do SIWZ swoim podwykonawcom, skoro na obecnym etapie Postępowania każdy z potencjalnych podwykonawców może samodzielnie złożyć oświadczenie o zachowaniu poufności i wystąpić do Pełnomocnika Zamawiającego z wnioskiem o przekazanie tego załącznika. Podał także, że formułowane w odwołaniach zarzuty są bezprzedmiotowe, zaś odwołujący nie mają interesu w domaganiu się ujawnienia Załącznika nr 12 do SIWZ. Niezwłocznie bowiem po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu zarówno Exatel, jak i GTS złożył oświadczenie o zachowaniu poufności i otrzymał od Pełnomocnika Zamawiającego kopię Załącznika nr 12 do SIWZ przekazaną na nośniku elektronicznym. Tym samym nawet gdyby hipotetycznie uznać, że zastrzeżenie poufności załącznika było niezgodne z przepisami Pzp (co nie jest jednak prawdą), to odwołujący się wykonawcy wskutek takiego naruszenia nie mogli ponieść choćby potencjalnej szkody z uwagi na fakt, że treść tego załącznika została im udostępniona zgodnie z zasadami określonymi w SIWZ. W konkluzji stwierdził, że żądanie formułowane przez odwołujących, niezależnie od jego oczywistej bezzasadności, jest również niedopuszczalne w świetle postanowień art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż ewentualne zadośćuczynienie temu żądaniu nie będzie miało wpływu na sytuację każdego z odwołujących w Postępowaniu.

VII. Zarzuty dotyczące wizji lokalnych [KIO 2000 i KIO 2002]

Zgodnie z rozdz. XI ust. 8 SIWZ wykonawcy są uprawnieni do przeprowadzenia wizji lokalnych w Lokalizacjach należących do Zamawiającego. Uprawnienie to nie ma charakteru nieograniczonego i Zamawiający może z uzasadnionych przyczyn odmówić zgody na przeprowadzenie wizji lokalnych, w szczególności gdy wniosek wykonawcy obejmuje więcej niż 20 Lokalizacji. Twierdzenie odwołujących GTS i Orange o tym, że możliwość ograniczenia wizji do maksymalnie 20 Lokalizacji uniemożliwia im prawidłowe przygotowanie i złożenie oferty z uwagi na brak informacji potrzebnych do jej rzetelnej wyceny są bezzasadne i nie znajdują oparcia w sferze faktycznej i przepisach prawa. Podkreślił, że zezwolenie na przeprowadzanie wizji lokalnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest obowiązkiem, lecz jedynie uprawnieniem Zamawiającego i nie sposób kierować wobec Zamawiającego, jak czynią to odwołujący, jakichkolwiek roszczeń o umożliwienie im przeprowadzenia wizji lokalnych w szerszym zakresie niż zostało to określone w SIWZ. Brak bowiem jakiegokolwiek podstawy prawnej do formułowania takiego żądania. Podkreślił również, że przeprowadzenie przez wykonawcę wizji lokalnej jest

fakultatywne, nie jest jego obowiązkiem i nie warunkuje uzyskania przez wykonawcę wszystkich informacji dotyczących przedmiotu zamówienia. Informacje te bowiem zostały wyczerpująco opisane w SIWZ. Zważył ponadto, że w SIWZ nie ograniczono definitywnie maksymalnej liczby Lokalizacji, w jakiej dopuszcza się przeprowadzenie wizji lokalnych, lecz jedynie zastrzeżono możliwość nie wyrażenia zgody na wizje lokalne w liczbie przekraczającej 20 Lokalizacji. Celem takiego zastrzeżenia jest uchronienie Zamawiającego przed sparaliżowaniem działalności placówek przez wykonawców prowadzących w niekontrolowany sposób wizje lokalne w kilku tysiącach Lokalizacji. Nie ulega również wątpliwości, że przeprowadzenie wizji lokalnych we wszystkich 4762 Lokalizacjach (jak domagają się tego odwołujący) jest obiektywnie niemożliwe w praktyce, mając na uwadze ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaznaczył, że nie ma jakichkolwiek przeszkód, aby każdy zainteresowany wykonawca wystąpił do Pełnomocnika Zamawiającego o wyrażenie zgody na przeprowadzenie wizji lokalnych w większej liczbie Lokalizacji niż 20, zaś Pełnomocnik Zamawiającego wyrazi taką zgodę, jeśli nie będą się temu sprzeciwiały interesy Zamawiającego.

VIII. Zarzut dotyczący terminu składania ofert

Twierdzenia odwołującego, iż termin składania ofert wynoszący 43 dni nie jest wystarczający do ich przygotowania i złożenia są bezzasadne i pozostają niewykazane. Podkreślił, że Zamawiający ustalając termin składania ofert postąpił zgodnie z dyspozycją art. 43 ust. 2 Pzp tj. wyznaczył termin odpowiadający nie tylko okresowi niezbędnemu dla wykonawców na przygotowanie i złożenie oferty, jak również minimalnym wymogom ustawowym. Odwołujący formułując w tym zakresie zarzuty wobec SIWZ powinien wykazać, z jakich konkretnie przyczyn termin określony przez Zamawiającego jest niewystarczający. Lakonicznie wskazana w odwołaniu konieczność analizy i oględzin stanu infrastruktury Zamawiającego nie stanowi jakiegokolwiek argumentu za wydłużeniem terminu składania ofert. Gdyby hipotetycznie zgodzić się z zarzutami i wnioskami odwołującego oraz zezwolić mu na przeprowadzenie wizji lokalnych we wszystkich Lokalizacjach, wówczas przyjmując tok myślenia odwołującego prawdopodobnie nawet termin składania ofert wydłużony do 90 dni byłby niewystarczający dla dokładnej kalkulacji ceny oferty. Co więcej, mimo bieżącego terminu składania odwołujący do dzisiejszego dnia nie zwrócił się do Pełnomocnika Zamawiającego z wnioskiem o przeprowadzenie wizji lokalnych, co stoi w całkowitej sprzeczności z prezentowaną przez odwołującego argumentacją. Zwrócił uwagę, że określone przez Zamawiającego w SIWZ wymogi dotyczące zawartości oferty nie są rygorystyczne i m. in. nie jest wymagane od wykonawców składanie licznych dokumentów o charakterze technicznym celem potwierdzenia, że oferowane dostawy i usługi będą spełniały wymagania określone w SIWZ. Jedyłą w gruncie rzeczy czynnością, jaką przed

sporządzeniem oferty musi przeprowadzić wykonawca jest kalkulacja kosztów w ramach przygotowania formularza ofertowego. Wykonanie jej jest jednak możliwe w określonym przez Zamawiającego terminie oraz bazując na informacjach zawartych w SIWZ. Mając powyższe na uwadze stwierdził, że wniosek Odwołującego o przedłużenie terminu składania ofert do 90 dni należy uznać za nieuzasadniony i podyktowany wyłącznie interesem wykonawcy oraz jego niezdolnością do zorganizowania procesu przygotowania oferty w terminie zakreślonym przez Zamawiającego.

IX. Zarzuty dotyczące ograniczenia wysokości Opłaty Instalacyjnej

Zamawiający zastrzegł w rozdz. XVI ust. 6 SIWZ, że „wysokość zaoferowanej przez Wykonawcę Opłaty Instalacyjnej dla każdej kategorii Lokalizacji (w tym dla Opcji) nie może przekraczać dwukrotnej miesięcznej opłaty z tytułu świadczenia usług transmisji danych.” Zdaniem Zamawiającego, twierdzenia odwołujących Orange i GTS, że ograniczenie wysokości Opłaty Instalacyjnej jest nieuzasadnioną ingerencją w sposób kalkulowania ceny przez wykonawcę oraz narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron umowy wzajemnej należy uznać za pozbawione jakiegokolwiek racji i w żaden sposób niewykazane. Nie jest w szczególności prawdą, że SIWZ w jakikolwiek sposób narzuca sztywną wysokość Opłaty Instalacyjnej, gdyż jej określenie leży w gestii wykonawcy, zaś niedopuszczalne jest jedynie określenie wygórowanej wysokości tej opłaty tj. w kwocie przekraczającej dwukrotność miesięcznego wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług. Nie dochodzi też do jakiegokolwiek nieuzasadnionej ingerencji w sposób konstruowania ceny przez wykonawcę - ma on bowiem pełną swobodę w skalkulowaniu wysokości oferowanego miesięcznego Wynagrodzenia za Usługi. Zamawiający wyjaśnił, że celem sformułowania takiego ograniczenia jest zabezpieczenie Zamawiającego przed negatywnym zjawiskiem sztucznego podwyższania przez wykonawców Opłaty Instalacyjnej kosztem Wynagrodzenia za Usługi, celem uzyskania kosztem Zamawiającego korzystnej struktury przepływów pieniężnej w projekcie (znaczne przyspieszenie płatności). Ograniczenie to ma również zapewnić możliwość porównania realnej wartości ekonomicznej ofert bez konieczności uwzględniania wartości pieniądza w czasie (z uwagi bowiem na złożony i wieloaspektowy charakter wynagrodzenia wykonawcy sformułowanie modelu kryterium cenowego uwzględniającego zdyskontowane przepływy pieniężne jest obiektywnie niemożliwe). Podkreślił, że Zamawiający ustalił maksymalną wysokość Opłaty Instalacyjnej w oparciu o informacje uzyskane od wykonawców w trakcie badania rynku (dwukrotność tej opłaty w stosunku do wynagrodzenia miesięcznego jest wartością stanowiącą medianę kwot proponowanych przez wykonawców w trakcie badania rynku). Kwestionowanie tego postanowienia przez wykonawców jest więc nie tylko niezrozumiałe ale również zaskakujące mając na uwadze stanowiska wyrażane przez nich wcześniej stanowiska. W konkluzji stwierdził, że wnioski odwołujących zmierzające do

zniesienia maksymalnego limitu opłaty instalacyjnej uznać należy za bezzasadne i sprzeczne z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego wyrażającymi się w tym, aby nie faworyzować wykonawców oferujących niekorzystną dla Zamawiającego strukturę płatności.

X. Zarzuty dotyczące określenia charakteru wynagrodzenia wykonawcy

Twierdzenia odwołującego Orange, że w świetle postanowień SIWZ nie można określić, jaki charakter ma wynagrodzenie wykonawcy z uwagi na rzekomo niekonsekwentnie używane określenia dotyczące m. in. szacunkowego, kosztorysowego czy też maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy są bezzasadne i wynikają z błędnej interpretacji postanowień SIWZ oraz Projektu Umowy. Zamawiający podkreślił, że SIWZ posługuje się pojęciem „szacunkowej ceny brutto oferty”, a nie szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy. Jest to pojęcie używane jedynie na potrzeby porównania i oceny ofert, co wynika z przyjętego przez Zamawiającego sposobu obliczania ceny w formularzu ofertowym, który uwzględnia m. in. część zamówienia objętą prawem opcji. Nie sposób zatem traktować łącznej ceny podanej w formularzu ofertowym inaczej niż jako wartości szacunkowej, podawanej wyłącznie na potrzeby przetargu, gdyż istnieje niezwykle małe prawdopodobieństwo, że wynagrodzenie uzyskane realnie przez wykonawcę z tytułu realizacji kontraktu osiągnie taką kwotę. Nie ma zatem jakiegokolwiek sprzeczności między charakterem wynagrodzenia określonym w umowie, a szacunkową ceną podawaną na potrzeby oceny ofert. Z kolei maksymalne wynagrodzenie wykonawcy, o którym mowa w § 10 ust. 1 Projektu Umowy stanowi ograniczenie łącznej kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie realizacji zamówienia, co zostanie ostatecznie ustalone przed podpisaniem Umowy. Funkcją maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy jest możliwość przedterminowego rozwiązania umowy (por. rozdz. VII ust. 1 SIWZ), a zatem nie ma ono jakiegokolwiek wpływu na charakter wynagrodzenia wykonawcy oraz zasady jego rozliczeń z Zamawiającym. W konkluzji stwierdził, że zasady płatności wynagrodzenia wykonawcy, zostały w sposób szczegółowy i zrozumiały opisane w § 10 Projektu Umowy zaś twierdzenia odwołującego o niejednoznacznym określeniu sposobu płatności wynagrodzenia uznać należy za bezpodstawne i niezrozumiałe.

XI. Zarzut dotyczący formularza ofertowego

Twierdzenia odwołującego Orange, że przyjęty w formularzu ofertowym okres 42 miesięcy świadczenia usługi jest nierealny i nie odpowiada rzeczywistym możliwościom wykonawców są bezzasadne i wynikają z niezrozumienia postanowień formularza ofertowego oraz założeń, jakie stały za jego stworzeniem. Zamawiający podkreślił, że mnożnik 42 miesięcy został wprowadzony do formularza ofertowego wyłącznie na potrzeby porównania i oceny ofert. Okres ten został obliczony poprzez dodanie do 36-miesięcznego okresu na

świadczenie usług połowy 12-miesięcznego okresu, w którym zrealizowane mają być Prace Wdrożeniowe (z uwagi na fakt, że wykonawca po zakończeniu prac w danej Lokalizacji będzie mógł rozpocząć świadczenie usług przed upływem tego 12-miesięcznego okresu). Rzecz jasna okres 42 miesięcy przyjęty w formularzu oferty nie może być wiązany z realnym czasem świadczenia usług przez wykonawcę. Dokładne określenie takiego „realnego” okresu dla każdej z kategorii Lokalizacji jest jednak niewykonalne, gdyż to wykonawca posiadać będzie decydujące zdanie, jeśli chodzi o zagospodarowanie okresu 12 miesięcy przeznaczonych na realizację Prac Wdrożeniowych i kolejność instalowania łączy w poszczególnych Lokalizacjach (świadczenie usług w danej Lokalizacji może bowiem rozpocząć się przykładowo w 3, 6 lub 9 miesiącu od podpisania Umowy). Uczynienie zadość wnioskowi wykonawcy jest zatem obiektywnie niemożliwe, gdyż na etapie postępowania przetargowego nie można sprecyzować, jaki będzie realny ostateczny okres świadczenia usług dla każdej z 4762 Lokalizacji.

XII. Zarzuty dotyczące projektu umowy

A. Uprawnienie do zlecenia wykonania zastępczego

Całkowicie bezzasadne są również twierdzenia odwołujących GTS i Orange o rzekomo zbyt rygorystycznym charakterze przewidzianego w § 12 ust. 7 Projektu Umowy uprawnienia Zamawiającego do zlecenia podmiotowi trzeciemu zastępczego wykonania zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca w ciągu dwóch następujących po sobie miesięcy w sposób rażący nie osiągnie gwarantowanych parametrów SLA w tej Lokalizacji, w związku z czym wysokość bonifikat przekroczy 50% miesięcznego wynagrodzenia. Uprawnienie sformułowane w § 12 ust. 7 Projektu Umowy służy bowiem ochronie interesów Zamawiającego w przypadku, gdy wykonawca w sposób uporczywy i rażący świadczy usługi daleko odbiegające od standardów określonych przez Zamawiającego w parametrach SLA (Rozdział 5 załącznika nr 3 do SIWZ). W takich wyjątkowych sytuacjach, z uwagi na konieczność zapewnienia sprawnego prowadzenia działalności operacyjnej Zamawiający musi mieć możliwość niezwłocznego zlecenia zastępczego świadczenia usług podmiotowi trzeciemu, w szczególności w celu uchronienia się przed negatywnymi skutkami nienależytego świadczenia usług przez wykonawcę. Postanowienie to nie narusza zatem równowagi kontraktowej stron oraz art. 7 ust. oraz art. 29 ust. 1 Pzp (nie wpływa negatywnie na możliwość złożenia oferty przez wykonawcę), zaś nawet wobec jego braku Zamawiający mógłby wyegzekwować prawo do zlecenia wykonania zastępczego na zasadach ogólnych wynikających z art. 480 Kodeksu cywilnego.

B. Uprawnienie do zawieszenia świadczenia Usług

Kwestionowanie przez GTS postanowienia § 8 ust. 10 Umowy, zgodnie z którym wykonawca nie jest uprawniony do pobierania wynagrodzenia w przypadku zawieszenia przez Zamawiającego świadczenia usług w danej Lokalizacji stanowi bezzasadną próbę wymuszenia na Zamawiającym zwiększenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Żądania odwołującego nie mają jakiegokolwiek uzasadnienia i zmierzają do narzucenia Zamawiającemu niekorzystnych warunków realizacji Umowy. Stwierdził przede wszystkim, że w okresie zawieszenia świadczenia usług wykonawcy nie obciążają względem Zamawiającego jakiegokolwiek zobowiązania, a zatem nieuzasadnione jest domaganie się przez wykonawcę zapłaty z tego tytułu wynagrodzenia. Dalej podał, że zgodnie z § 8 ust. 10 Projektu Umowy, zawieszenie usług dotyczy wyłącznie łączy kategorii T4-T7 oraz może trwać maksymalnie 6 miesięcy w danej Lokalizacji, jak również nie jest dopuszczalne jednoczesne zawieszenie świadczenia usług dla więcej niż 2% wszystkich Lokalizacji objętych Umową. W związku z powyższym ewentualne koszty utrzymania łącza przez wykonawcę w okresie zawieszenia świadczenia usług mają marginalny i wpadkowy charakter z punktu widzenia całego przedmiotu zamówienia, zaś ryzyko ich ewentualnego wystąpienia może być oszacowane i uwzględnione przez wykonawcę w cenie oferty. Na marginesie wskazał, że umożliwienie nieodpłatnego (lub za jednorazową opłatą) zawieszenia świadczenia usług internetowych jest powszechną praktyką operatorów, czego dowodzą ogólnie dostępne publikowane przez nich cenniki. Podał adresy stron internetowych tych operatorów. W konkluzji stwierdził, że postanowień § 8 ust. 10 Projektu Umowy nie sposób uznać za dyskryminujące lub naruszające uzasadnione prawa wykonawców, a odwołujący zmierza do nieuprawnionego i bezzasadnego narzucenia Zamawiającemu swojego modelu biznesowego.

C. Termin realizacji Prac Instalacyjnych w nowej Lokalizacji

Propozycja odwołującego GTS, aby termin realizacji zamówienia w Nowej Lokalizacji, o którym mowa w § 8 ust. 2 Projektu Umowy został przedłużony przez Zamawiającego z 3 miesięcy do 6 miesięcy jest nie do zaakceptowania. Termin 3 miesięcy na realizację Prac Wdrożeniowych w Nowej Lokalizacji jest w zupełności wystarczający dla każdego z wykonawców, którym zostanie powierzona realizacja zamówienia. GTS nie wykazał w żaden sposób obiektywnej niemożności dotrzymania tego terminu zaś jego żądania zmierzają wyłącznie do narzucenia Zamawiającemu korzystnych dla siebie terminów realizacji Umowy, w związku z czym nie zasługują na uwzględnienie.

D. Wynagrodzenie w Lokalizacjach z łączem podstawowym i zapasowym

Odwołujący GTS kwestionuje również postanowienie § 10 ust. 5 Projektu Umowy oraz rozdz. 3 ust. 2 pkt 2 OPZ, zgodnie z którym w Lokalizacjach, w których wymagane jest zapewnienie łącza zapasowych, wynagrodzenie wykonawcy od czasu uruchomienia łącza podstawowego

do czasu uruchomienia łącza zapasowego będzie wynosić 40% wynagrodzenia miesięcznego. Odwołujący domaga się podwyższenia w takiej sytuacji miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy do 50% wynagrodzenia miesięcznego. Zamawiający podkreślił, że celowo ustalił tymczasowe wynagrodzenie wykonawcy do momentu dostarczenia łącza zapasowego na poziomie 40% po to, aby wykonawca posiadał motywację do jak najszybszego dostarczenia łącza zapasowego. Odmienne uregulowanie tej kwestii mogłoby zaś powodować dla Zamawiającego niekorzystne skutki związane z niepewnością, co do terminu zapewnienia łącza zapasowego oraz brakiem zainteresowania wykonawcy w jak najszybszym zakończeniu tego zadania. Odwołujący nie jest natomiast uprawniony to tak daleko idącej ingerencji w przyjęty przez zamawiającego model realizacji kontraktu i sposoby motywowania wykonawcy do należytego wykonywania powierzonych mu zadań.

W efekcie należy uznać, że zarzut i wniosek GTS są całkowicie nieuprawnione i stanowią kolejny przejaw narzucenia Zamawiającemu niekorzystnych dla niego warunków realizacji Umowy.

XIII. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia

A. Rozdzielność łącza podstawowego od łącza zapasowego

Za całkowicie niezrozumiałą i wynikającą z błędnej interpretacji postanowień SIWZ należy uznać zarzut odwołującego Orange, w którym kwestionuje on wynikający z rozdz. 1 ust. 2 pkt 6 OPZ wymóg zapewnienia łącza zapasowego z pełną rozdzielnością od łącza podstawowego, wnosząc o „doprecyzowanie i urealnienie” tych wymogów. Odwołujący nieprawidłowo interpretuje przywołane postanowienie, uznając, że łącze podstawowe i zapasowe będą musiały być zapewnione na jednym łączu kablowym, podczas gdy z wymogów Zamawiającego jasno wynika, że łącza te powinny być wykonane dwoma niezależnymi drogami kablowymi. Jedynie w przypadku, gdy z przyczyn zależnych od wykonawcy nie jest możliwe doprowadzenie łącz dwiema drogami kablowymi, wówczas wykonawca musi znaleźć i zastosować inne rozwiązanie, które zapewni rozdzielność komunikacji tymi łączami. Należy podkreślić, że wymóg ten jest niezwykle istotny dla Zamawiającego i jego celem jest zapewnienie, że w razie uszkodzenia lub awarii jednego z łącz (np. w wyniku robót budowlanych) drugie łącze będzie funkcjonować w sposób nieprzerwany i bez większego wpływu na działalność prowadzoną przez Zamawiającego. Mając powyższe na względzie zarzut odwołującego należy uznać za niezasadny i całkowicie niezrozumiały.

B. Adresacja IP zamawiającego i wykonawcy

Równie bezzasadne jest żądanie odwołującego Orange, aby Zamawiający ujawnił w SIWZ kompletną pulę swoich adresów IP. Na obecnym etapie Postępowania nie ma bowiem takiej potrzeby, a zamiarem Zamawiającego jest, aby informacje te zostały uzgodnione z

wykonawcą w fazie przygotowania projektu technicznego. Należy przy tym podkreślić, że zastosowanie dowolnej adresacji u Zamawiającego nie stanowi większego problemu dla Wykonawcy, gdyż każdy operator sieci MPLS stosuje tzw. separację logiczną poprzez VRF dla swoich klientów. Żądanie Orange jest zatem niezrozumiałe i nieuzasadnione, zaś nieprzekazanie wykonawcom adresacji IP w niczym nie utrudnia złożenia oferty i nie narusza jakichkolwiek z przepisów Pzp.

C. Opis warunków QoS

Nie ma racji odwołujący Orange, który w punkcie 4k) petitum odwołania twierdzi, że standardy świadczenia usług {Quality of Service) zostały skonstruowane w sposób niejasny i niejednoznaczny. Zgodnie bowiem z postanowieniami OPZ parametry QoS mają być zapewnione dla każdego z VRF z osobna. Faktyczny, procentowy podział pasma między poszczególnymi kolejkami nie ma jakiegokolwiek znaczenia na etapie składania oferty i zgodnie z intencją Zamawiającego ma on zostać wypracowany podczas tworzenia projektu sieci, oraz może być zmieniany podczas trwania umowy. Kwestia ta nie ma również wpływu na klasę i cenę wymaganych urządzeń CE. W efekcie nie sposób zgodzić się z odwołującym, że aktualne postanowienia dotyczące QoS uniemożliwiają mu należyte skalkulowanie oferty, zaś jego zarzut w tym zakresie jest całkowicie bezzasadny.

D. Zasady pomiaru SLA

Odwołujący Orange bezzasadnie zarzuca sprzeczność między postanowieniami pkt 13 oraz 15.3 rozdz. 5 ust. 1 OPZ twierdząc, iż określone przez Zamawiającego sposoby pomiarów są nieprecyzyjne. Twierdzenia te są całkowicie pozbawione racji, a ww. postanowienia nie pozostają w jakiegokolwiek sprzeczności. Podkreślił, że Zamawiający oczekuje dotrzymania parametrów QoS między dowolną parą lokalizacji, natomiast ze względu na wielkość sieci pomiary dokonywane będą z lokalizacji POP i tylko na ich podstawie naliczane będą bonifikaty. Zamawiający ma ponadto możliwość użycia dowolnych narzędzi w dowolnych lokalizacjach w celu weryfikacji jakości świadczonych usług. Zgodnie z założeniami przyjętymi przez Zamawiającego, przeprowadzane badania SLA będą wykonywane w ramach sieci IP VPN pomiędzy wyspecjalizowanymi urządzeniami w sieci Operatora a urządzeniami operatora zainstalowanymi w poszczególnych lokalizacjach PP (CE) za pośrednictwem których świadczony jest dostęp do usługi. Dodatkowo Zamawiający zakłada możliwość przeprowadzania testów SLA bezpośrednio pomiędzy wybranymi lokalizacjami. Tym samym twierdzenia Orange o rzekomym nieprawidłowym opisanie zasad pomiarów SLA należy uznać za niezrozumiałe i bezzasadne.

E. Orientacja urządzeń nadawczych

Odwołujący GTS nie ma racji kwestionując ustanowiony w rozdz. 1 ust. 2 pkt 7 OPZ wymóg, aby urządzenia nadawcze w przypadku łączy radiowych były zorientowane między sobą pod kątem nie mniejszym niż 90 stopni. Wymóg ten jest bowiem w pełni uzasadniony potrzebami

Zamawiającego. Podkreślił, że takie warunki świadczenia usług mają na celu zagwarantowanie dostępności usługi np. w przypadku ewentualnej przeszkody (budowy budynku) pomiędzy dwoma urządzeniami nadawczo-odbiorczymi, co powoduje znaczne obniżenie parametrów usługi lub nawet brak możliwości jej świadczenia. Na potwierdzenie przedstawił graficzny obraz scenariusza - Porównanie orientacji urządzeń nadawczych. Zdaniem Zamawiającego, z przedstawionego schematu w sposób jednoznaczny wynika, że dopuszczenie orientacji urządzeń nadawczych pod kątem mniejszym niż 90 stopni naraża Zamawiającego na zakłócenia i przerwy w świadczeniu usług. Żądanie odwołującego uznać zatem należy za zmierzające do narzucenia Zamawiającemu korzystnych dla siebie (tańszych) warunków realizacji umowy kosztem Zamawiającego, który otrzyma wtedy usługi o gorszej jakości i funkcjonalności.

F. Stosowanie łączy asymetrycznych

Całkowicie niezrozumiałą jest zarzut i żądanie odwołującego Orange, który domaga się wykreślenia możliwości stosowania łączy asymetrycznych lub usunięcie wymagań dotyczących jakości usług i monitoringu dla tych łączy. Wywody odwołującego są niezrozumiałe i nie przedstawia on jakichkolwiek dowodów na poparcie swoich tez. W odpowiedzi na te twierdzenia wystarczy natomiast wskazać, że Orange jako aktualny operator sieci WAN Zamawiającego świadczy dla niego identyczne usługi również w oparciu o łącza asymetryczne i jak dotąd zgodnie z wiedzą Zamawiającego nie było jakichkolwiek problemów z prędkością transmisji danych, jakością usług oraz monitoringiem parametrów przez Zamawiającego. Postulaty odwołującego uznać zatem należy za niezrozumiałą próbę narzucenia Zamawiającemu wygodnych dla wykonawcy rozwiązań biznesowych, a zatem nie zasługują one na uwzględnienie.

G. Sposób naliczania bonifikat za łącza podstawowe i zapasowe

Bezasadne są twierdzenia odwołującego GTS, który kwestionuje. Nie ma racji odwołujący GTS twierdząc, że postanowienie ustalające wysokość bonifikaty obliczanej niezależnie dla łączy podstawowego i zapasowego ustanowionej na poziomie 60% miesięcznego wynagrodzenia za usługi dla danej Lokalizacji jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne. Odwołujący nie precyzuje przy tym, na czym ta rzekoma niejednoznaczność ma polegać. Należy w tym miejscu wyjaśnić, że ustalenie wysokości maksymalnej bonifikaty na poziomie 60% (a nie 50%) ma na celu zmotywowanie wykonawcy do jak najszybszego usunięcia awarii i świadczenia usług o pełnej funkcjonalności. Twierdzenia odwołującego są zatem nie dość, że niezrozumiałe, to również całkowicie nieuprawnione.

H. Obliczanie czasu usunięcia awarii dla Awarii Masowej

Nie ma również racji odwołujący GTS, który kwestionuje opisany w rozdz. 5 ust. 1 pkt 6 OPZ sposób naliczania bonifikat w przypadku wystąpienia Awarii Masowej. Należy zaznaczyć, że wystąpienie zdarzenia zdefiniowanego jako Awaria Masowa jest niezwykle groźne dla

Zamawiającego, gdyż może sparaliżować jego działalność operacyjną na znacznym obszarze i przyczynić się do powstania wymiernych, wysokich strat finansowych. Z tego powodu wykonawca powinien dochować maksymalnej staranności, aby nie dopuścić do występowania takich zdarzeń. Z tych też przyczyn zasady obliczania bonifikat w przypadku awarii masowej są bardziej rygorystyczne, gdyż w uzasadnionym interesie Zamawiającego jest maksymalne zabezpieczenie się przed licznymi i częstymi Awariami Masowymi, które wywołają negatywne konsekwencje dla prowadzonej działalności. Nieuprawnione jest jednak twierdzenie, jakoby zasady te były rażąco krzywdzące dla wykonawcy, gdyż w każdym przypadku wysokość bonifikaty dla danej Lokalizacji nie może przekroczyć 100% miesięcznego wynagrodzenia. W tym kontekście żądania odwołującego należy uznać za całkowicie niezasadne i zmierzające wyłącznie do narzucenia Zamawiającemu niekorzystnego, lecz preferowanego przez wykonawcę modelu rozliczania bonifikat.

W reasumpcji wskazał, że Zamawiający uznał zasadność niektórych zarzutów odwołujących, co znalazło swój wyraz w zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanej w dniu 9 października 2014 r. i w rezultacie ww. kwestie przestały być sporne między stronami Zgodnie z treścią tej zmiany:

- 1) określono minimalny gwarantowany zakres zamówienia, którego realizacja zostanie powierzona wykonawcy;
- 2) umożliwiono realizację zamówienia wynikającego z Prawa Opcji w terminie 90 dni, pod warunkiem, że dotyczy to Lokalizacji o utrudnionych warunkach technicznych;
- 3) wydłużono termin przekazania harmonogramu realizacji Prac Wdrożeniowych do 60 dni od dnia podpisania Umowy;
- 4) zmodyfikowano warunki udziału w Postępowaniu dotyczące certyfikatów, jakie wymagane są od członków zespołu wykonawcy;
- 5) doprecyzowano zasady przeprowadzania testów parametrów łącza dla Lokalizacji zgodnie z żądaniem wykonawcy;
- 6) zmodyfikowano postanowienia § 18 ust. 4 i 5 Projektu Umowy dotyczące ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujących przystąpił:

- 1) wykonawca – Netia S.A. z Warszawy, zgłaszający przystąpienie w sprawach o sygn. akt: KIO 1987/14, KIO 2000/14 i KIO 2002/14, oraz
- 2) wykonawca – EXATEL S.A. z Warszawy, zgłaszający przystąpienie w sprawach o sygn. akt: KIO 2000/14 i KIO 2002/14 i

3) wykonawca GTS Poland Sp. z o.o. z Warszawy, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 1987/14 i KIO 2002/14

Wykonawcy zgłaszający przystąpienie wnieśli o uwzględnienie odwołań w całości zgodnie z ich żądaniami.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Orange Polska S.A. z Warszawy, zgłaszający przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 2000/14, który to wykonawca nie zgodził się z żądaniami wykonawcy GTS, co do modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, albowiem jego zdaniem taka realizacja usługi spowoduje nie spełnienie wymagań Zamawiającego w zakresie niezawodności i ciągłości działania systemu oraz jego jakości.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania wniesione przez wykonawców: EXATEL S.A. z Warszawy [sygn. akt: KIO 1987/14, GTS Poland z Warszawy [sygn. akt: KIO 2000/14] oraz Orange Polska S.A. z Warszawy [sygn. akt: KIO 2002/14] - zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 października 2014 r. zostały przekazane do łącznego rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że w niniejszej sprawie nie zachodzą przesłanki do odrzucenia tych odwołań, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Stwierdziła także, że wnoszący odwołanie wykonawcy – tak jak wskazywali w odwołaniach - mieli w dacie ich wnoszenia legitymację procesową wymaganą przepisem art. 179 ust.1 ustawy Pzp, albowiem ich zdaniem odpowiednio bez zmiany lub wykreślenia kwestionowanych postanowień nie mogą oni złożyć oferty, a zatem ubiegać się o zamówienie w tym postępowaniu, skutkiem, czego mogą potencjalnie ponieść szkodę w związku z brakiem możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba, rozpoznając zarzuty z odwołań, w zakresie podtrzymanym na rozprawie, miała na uwadze dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp w myśl, której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani - zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności obowiązującą w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą - wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Zatem w tym postępowaniu ciężar

dowodzenia spoczywał na Odwołujących, którzy z podnoszonych w odwołaniu zarzutów wywodzili dla siebie skutki prawne, a mianowicie ich zdaniem uwzględnienie ich żądań i zmiana postanowień specyfikacji i jej załączników [lub ich wykreślenie] pozwoli wykonawcom opracować i złożyć ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba uwzględniała także dyrektywę z art. 192 ust.7 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust.3 tej ustawy. Zgodnie z tymi regulacjami Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a wykonawca podnosząc zarzut zobowiązany jest wskazać w szczególności okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające dany zarzut oraz sformułować żądanie oparte o podnoszone okoliczności.

Tak jak ustaliła Izba w odwołaniach – w zakresie podtrzymanym na rozprawie – podniesiono następujące zarzuty:

Sygn. akt: KIO 1987 /14

Wykonawca - EXATEL S.A. z Warszawy [Odwołujący lub wykonawca EXATEL] zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i ust.2 oraz art. 7 ust.1 ustawy Pzp. Powyższe zarzuty wykonawca skierował do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] – Informacje Ogólne i jej załącznika nr 10 – Projekt Umowy. Zarzuty dotyczyły postanowień:

- I. specyfikacji istotnych warunków zamówienia - z rozdziału V ust.3 [poufność listy placówek] i rozdziału VII ust.2 [termin realizacji Prac Wdrożeniowych];
- II. projektu umowy - § 3 ust.12 [podwykonawcy i wymagana zgoda] i § 8 ust.1 [ograniczenie zakresu zamówienia] oraz § 17 [porozumienie z podmiotem trzecim – porozumienie trójstronne].

Sygn. akt: KIO 2000/14

Odwołujący - GTS Poland sp. z o.o. [Odwołujący lub wykonawca GTS] w zakresie podtrzymanym na rozprawie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nawiązując także odpowiednio we wskazanych w odwołaniu przypadkach do przepisu art. 5 i art. 353 (1) oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 tej ustawy. Powyższe zarzuty wykonawca skierował do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] – Informacje Ogólne i jej załączników: załącznika nr 3 – Opis przedmiotu zamówienia [OPZ] oraz załącznika nr 10 – Projekt Umowy. Zarzuty dotyczyły postanowień:

- I. specyfikacji istotnych warunków zamówienia - z rozdziału V ust.3 w związku z załącznikiem nr 9 [poufność listy placówek] oraz rozdziału XI ust. 8 [wizja lokalna] i rozdziału XVI ust.6 [wysokość Opłaty Instalacyjnej];
- II. załącznika nr 3 - OPZ – z rozdziału 1 ust.2 pkt 2 [ograniczenie możliwości realizacji usługi z wykorzystaniem łączy radiowych], pkt 3 [inna technologia radiowa] i pkt 7 [instalacja urządzeń nadawczych na dwóch masztach oraz ich kierunki nadawania] oraz z rozdziału 3 ust.1 pkt 1 w związku z § 8 ust.1, 2 i 3 Projektu umowy [rozbudowa sieci o dodatkowe lokalizacje] i ust.2 pkt 2 w zw. z § 10 ust.5 Projektu umowy [termin na opracowanie harmonogramu], oraz z rozdziału 5 ust.1 pkt 5 [wysokość bonifikat] i ust.1 pkt 6 [czas niedostępności dla Awarii Masowej];
- III. załącznika nr 10 - § 4 ust.3 [testy parametrów], § 7 ust.1 i 2 [Prawo opcji] oraz ust.4 [[Termin realizacji świadczenia z Opcji], § 8 ust.1 [prawo do rezygnacji z łączy], ust.2 [Instalacja łączy w nowej lokalizacji], ust.3 [Instalacja łączy odmiennej kategorii] i ust.10 [Prawo do zawieszenia świadczenia], § 12 ust.7 [Zlecenie świadczenia usług podmiotowi trzeciemu], § 18 ust.4 [warunki ubezpieczenia – zakaz wprowadzania zmian] i ust.5 [Prawo do zawarcia umowy ubezpieczenia przez Zamawiającego].

Sygn. akt: KIO 2002/14

Odwołujący - Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [Odwołujący lub wykonawca Orange] wskazał w odwołaniu na naruszenie art. 7 i art. art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz art. 22 ust. 4, oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, także w związku z art. 34 ust.5 tej ustawy oraz jej art. 36a ust. 1 i 2. Powyższe zarzuty wykonawca skierował do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] – Informacje Ogólne i jej załączników: załącznika nr 1 – Formularz oferty, załącznika nr 3 – Opis przedmiotu zamówienia [OPZ] oraz załącznika nr 10 – Projekt Umowy. Zarzuty dotyczyły postanowień:

- I. specyfikacji istotnych warunków zamówienia - rozdziału XI ust. 8 [wizja lokalna], rozdział XV ust.1 [zbyt krótki termin składania ofert], rozdział XVI w zw. z § 10 ust.5 Projektu umowy [brak jednoznaczności, co do obliczania wynagrodzenia wykonawcy] i rozdziału XVIII ust.3 [brak określenia w specyfikacji możliwości posłużenia się podwykonawcą i zastrzeżenie, że taka zgoda zostanie wyrażona na etapie realizacji zamówienia];
- II. załącznika nr 1 – Formularz oferty [niespójne określenie czasu realizacji zamówienia do czasu świadczenia usług oraz okresu, dla jakiego należy obliczyć wartość oferty];
- III. załącznika nr 3 - OPZ – z rozdziału 1 ust.2 pkt 2 [ograniczenie możliwości realizacji usługi z wykorzystaniem łączy radiowych], pkt 3 [warunki świadczenia usługi za pomocą innych technologii], pkt 6 [wykonanie łączy dwoma niezależnymi drogami kablowymi] i pkt 7 [instalacja urządzeń nadawczych i ich kierunki nadawania], ust.5 pkt 1 [Stosowanie łączy

asymetrycznych] i pkt 5 [brak ograniczeń związanych z adresacją IP], ust.6 pkt 2.1.1 i 2.1.2 [dobór sprzętu do realizacji zamówienia], ust.7 pkt 8 [dodatkowe funkcjonalności] oraz rozdziału 3 ust.3 pkt 2 [termin na opracowanie harmonogramu] i rozdziału 5 ust.15 pkt 15.3 [Opis pomiaru parametru jakości usługi];

IV.załącznika nr 10 - § 7 ust.1 i 2 [Prawo opcji i wysokość Opłaty Instalacyjnej], § 8 ust.1 [prawo do rezygnacji z łączy], ust.2 [Instalacja łączy w nowej lokalizacji] i ust.3 [Instalacja łączy odmiennej kategorii], § 12 ust.7 [Zlecenie świadczenia usług podmiotowi trzeciemu] i § 17 [trójstronne porozumienie z podmiotem trzecim i Zamawiającym].

Izba postanowiła na podstawie art. 192 ust.8 ustawy Pzp o łącznym wydaniu wyroku, a z uwagi na powtarzalność zarzutów w więcej niż jednym odwołaniu, stanowisko Izby zostało przyporządkowane do zarzutów dotyczących odpowiednio kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej załączników, w tym załącznika nr 1 - Formularza ofertowego oraz załącznika nr 3 Opis Przedmiotu Zamówienia [OPZ] i załącznika nr 10 – Projekt umowy [Umowa] i w takiej kolejności podnoszone w odwołaniach zarzuty zostały omówione przez Izbę w niniejszym uzasadnieniu.

Rozpoznając poszczególne zarzuty Izba miała na uwadze dyrektywę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp zgodnie z którą uwzględnienie odwołania na gruncie ustawy Pzp jest możliwe, jeżeli naruszenie przepisów tej ustawy m.in. może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem w tym stanie faktycznym, rozstrzygając o podnoszonych zarzutach skierowanych do postanowień specyfikacji i jej załączników, Izba za bezprzedmiotowe uznała orzekanie w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, który odpowiednio do żądań Odwołujących wprowadził odpowiednie modyfikacje do kwestionowanych przez wykonawców postanowień. Powyższe dotyczy postanowień rozdziału 3 ust. 1 pkt 1 OPZ w związku z § 8 ust.1 Projektu umowy [KIO 2000/14], rozdziału 3 ust. 3 pkt 2 załącznika nr 3 OPZ [KIO 2000/14], § 4 ust.3 Projektu umowy [KIO 2000/14], § 7 ust.4 Projektu umowy [KIO 2000/14], § 8 ust.1 Projektu umowy [KIO 2000/14] oraz § 18 ust. 4 i 5 Projektu umowy [KIO 2000/14]. Zgodnie z treścią tych zmian; określono minimalny gwarantowany zakres zamówienia, którego realizacja zostanie powierzona wykonawcy; umożliwiono realizację zamówienia wynikającego z Prawa Opcji w terminie 90 dni, pod warunkiem, że dotyczy to Lokalizacji o utrudnionych warunkach technicznych; wydłużono termin przekazania harmonogramu realizacji Prac Wdrożeniowych do 60 dni od dnia podpisania Umowy; zmodyfikowano warunki udziału w Postępowaniu dotyczące certyfikatów, jakie wymagane są od członków zespołu wykonawcy; doprecyzowano zasady przeprowadzania testów parametrów łączy dla Lokalizacji zgodnie z żądaniem wykonawcy; zmodyfikowano postanowienia § 18 ust. 4 i 5 Projektu Umowy

dotyczące ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, a w przypadku postanowień z rozdziału 1 ust.2 pkt 7 uwzględniając częściowo zarzut zezwolił na instalację urządzeń nadawczych zorientowanych pod kątem mniejszym niż 90 stopni. Izba dodatkowo stwierdza, że przewidziane w rozdziale 3 ust.1 pkt 1 OPZ po jego modyfikacji zastrzeżenie, związane z pełnioną przez Zamawiającego funkcją operatora wyznaczonego ograniczoną w czasie przez ustawę - Prawo pocztowe nie narusza przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba dodatkowo zauważa, że to zastrzeżenie jest obiektywnie uzasadnione, albowiem nie powierzenie przez ustawodawcę kontynuacji tej funkcji na dalszy okres może spowodować nawet, że realizacja tej umowy przez tego Zamawiającego według określonych w tej umowie warunków będzie sprzeczna z jego interesem i w konsekwencji może spowodować konieczność rozwiązania tej umowy.

1. Zarzuty do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Informacje Ogólne

Rozpoznając zarzut dotyczący postanowień rozdziału V ust. 3, stanowiący o Wykazie Lokalizacji zastrzeżonych w załączniku nr 12 do siwz jako tajemnica przedsiębiorstwa Zamawiającego [sygn. akt: KIO1987/14] i [sygn. akt: KIO2002/14] Izba w pierwszej kolejności zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że obowiązujące przepisy Pzp w przypadku zamawiającego sektorowego pozwalają wprost na zobowiązanie wykonawców do zachowania poufności przekazanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia informacji bez względu na tryb, w którym prowadzone jest postępowanie i tym samym także w przetargu nieograniczonym możliwe jest skorzystanie z dyspozycji art. 138c ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający zatem zastrzegając poufność załącznika nr 12 nie naruszył przepisów Pzp, w szczególności zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasady równego traktowania wykonawców. Tak jak podkreślił Zamawiający możliwość zapoznania się z tym załącznikiem ma nieograniczony krąg podmiotów zainteresowanych udziałem w realizacji zamówienia, czy to w charakterze wykonawcy czy też w charakterze podwykonawcy. Nie istnieją również bariery utrudniające dostęp do załącznika poza czysto formalnym obowiązkiem przekazania przez przedsiębiorcę oświadczenia o zachowaniu poufności. Na obecnym etapie Postępowania także każdy z potencjalnych podwykonawców może samodzielnie złożyć do Zamawiającego wymagane oświadczenie o zachowaniu poufności i na tej podstawie uzyskać ten załącznik. Izba zwraca także uwagę, że zarówno Odwołujący Exatel, jak i GTS po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu złożyli oświadczenie o zachowaniu poufności tego załącznika i otrzymali jego kopię na nośniku elektronicznym, co chociażby z tego powodu czyni dodatkowo ten zarzut bezprzedmiotowym.

Rozpoznając zarzut dotyczący postanowień rozdziału VII ust. 2 oraz § 2 ust.3 Projektu umowy dotyczący terminu realizacji Prac Wdrożeniowych [z odwołania KIO 1987/14 i KIO 2002/14] Izba miała na uwadze, że wykonawcy postulowane wydłużenie terminu realizacji Prac Wdrożeniowych opierali na ich zdaniem ryzyku niedotrzymania przez wykonawcę terminu, podczas, gdy Zamawiający wskazywał, że ustalając ten termin miał m.in. na uwadze upływający w dniu 30 czerwca 2015 r. termin ważności gwarancji rabatów przyznanych mu zgodnie z obowiązującym porozumieniem przez aktualnego operatora sieci WAN - Orange. Realność tego terminu Zamawiający poparł informacjami uzyskanymi od wykonawców w wyniku rozpoznania rynku. Zamawiający zwrócił dodatkowo uwagę, że wydłużenie terminu realizacji Prac Wdrożeniowych do 24 miesięcy powodowałoby skrócenie nominalnego okresu świadczenia Usług do 24 miesięcy, a wobec upływu terminu ważności gwarancji rabatów Zamawiający zostałby narażony na ryzyko wzrostu kosztów usług świadczonych przez dotychczasowego wykonawcę (Orange). Zdaniem Izby, Zamawiający wykazał, że niezrealizowanie Prac Wdrożeniowych w określonym przez Zamawiającego terminie 12 miesięcy może nieść za sobą poważne, negatywne konsekwencje finansowe dla Zamawiającego. Izba zwróciła także uwagę, że Zamawiający przewidział w § 3 ust. 10 umowy możliwość uruchomienia łączny tymczasowych przez okres 4 miesięcy od dnia zakończenia Prac Wdrożeniowych w Lokalizacji i podpisania Częściowego Protokołu Odbioru, co *de facto* wydłuża do 16 miesięcy okres zapewniony wykonawcom na osiągnięcie pełnej funkcjonalności łączny. Izba stwierdza także, że powoływanie się przez Odwołujących na czas przeznaczony na realizację Prac Wdrożeniowych w innych przetargach na świadczenie usług sieci WAN obiektywnie nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem tak jak słusznie podniósł Zamawiający każdy zamawiający jest uprawniony do indywidualnego określenia swoich potrzeb w zakresie terminu realizacji zamówienia, gdyż wynikają one z właściwych dla tego konkretnego zamawiającego okoliczności faktycznych. Z uwagi na powyższe wymaganie niewątpliwie każdy wykonawca zainteresowany świadczeniem przedmiotowej usługi dla dotrzymania określonego w tym postępowaniu terminu realizacji Prac Wdrożeniowych zobowiązany jest zapewnić właściwą organizację prac oraz odpowiednie zasoby ludzkie i techniczne niezbędne do prawidłowego wykonania umowy.

Zarzut dotyczący sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, określony w rozdziale IX ust. 3 a) i b) specyfikacji, Odwołujący GTS oparł na wadliwej interpretacji tego wymagania. Tak jak ustaliła Izba i, co potwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, możliwe jest powołanie się na realizację tej samej usługi jednocześnie na potrzeby wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w lit. a) jak i literze b) tego postanowienia.

Rozpoznając zarzut dotyczący postanowień rozdziału XI ust. 8 dotyczący ograniczenia przeprowadzenia wizji lokalnych w Lokalizacjach Zamawiającego [z odwołania sygn. akt: KIO 2000/14 i KIO 2002/14] Izba stwierdziła, że wnoszący odwołanie zarzut ten oparł na twierdzeniu, że możliwość ograniczenia wizji do maksymalnie 20 Lokalizacji uniemożliwia im prawidłowe przygotowanie i złożenie oferty z uwagi na brak informacji potrzebnych do jej rzetelnej wyceny. Nie podali jednocześnie, które z informacji, jakie mogliby uzyskać w czasie danej wizji są ich zdaniem niezbędne dla opracowania oferty. Ponadto, nie podali liczby wizji, która satysfakcjonowałaby ich, jak również nie domagali się od Zamawiającego informacji, w miejsce rozszerzenia uprawnienia do przeprowadzenia wizji lokalnych, wynikających z tych wizji. Izba zwraca także uwagę, że przeprowadzenie przez wykonawcę wizji lokalnej jest fakultatywne, nie jest jego obowiązkiem i nie warunkuje uzyskania przez wykonawcę wszystkich informacji dotyczących przedmiotu zamówienia innych niż te, które zostały opisane w specyfikacji. Ponadto Izba zwraca także uwagę, że w specyfikacji nie ograniczono definitywnie maksymalnej liczby Lokalizacji, w jakiej dopuszcza się przeprowadzenie wizji lokalnych, lecz jedynie zastrzeżono możliwość nie wyrażenia zgody na wizje lokalne w liczbie przekraczającej 20 Lokalizacji. Celem takiego zastrzeżenia, jak podał Zamawiający, jest uchronienie instytucji Zamawiającego przed sparaliżowaniem działalności placówek przez wykonawców prowadzących w niekontrolowany sposób wizje lokalne w kilku tysiącach Lokalizacji. Nie ulega również wątpliwości, że przeprowadzenie wizji lokalnych we wszystkich 4762 Lokalizacjach (jak de facto domagają się tego odwołujący), mając na uwadze ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest obiektywnie niemożliwe w praktyce.

Zarzut skierowany do postanowienia z rozdziału XV ust.1 dotyczący terminu składania ofert [z odwołania KIO 2002/14] oparty został na twierdzeniu, że termin składania ofert wynoszący 43 dni nie jest wystarczający do ich przygotowania i złożenia. W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że ustalając termin składania ofert Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 43 ust. 2 Pzp, wyznaczył termin odpowiadający minimalnym wymogom ustawowym i okresowi, jego zdaniem, niezbędnemu dla wykonawców na przygotowanie i złożenie oferty. Termin ten w toku postępowania odwoławczego wydłużony został do 56 dni. Izba wskazuje również, że Odwołujący podnosząc taki zarzut także powinien wykazać, z jakich konkretnie przyczyn kwestionowany termin jest niewystarczający. Lakonicznie wskazana w odwołaniu konieczność analizy i oględzin stanu infrastruktury Zamawiającego nie stanowi dostatecznego argumentu za wydłużeniem terminu składania ofert. Izba także zwraca uwagę, że określone w specyfikacji wymagania dotyczące zawartości oferty nie są rygorystyczne i czynnością, jaką przed sporządzeniem oferty musi przeprowadzić wykonawca w ramach przygotowania formularza ofertowego jest przede wszystkim

kalkulacja kosztów. W tym przypadku wykonawca nie wykazał, że bazując na informacjach zawartych w specyfikacji jej wykonanie w określonym przez Zamawiającego terminie nie jest możliwe.

Rozpoznając zarzut skierowany do rozdziału XVI ust. 1 i 2 w zw. z § 10 ust. 1 Projektu umowy [z odwołania KIO 2002/14] dotyczący określenia charakteru wynagrodzenia wykonawcy Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że specyfikacja posługuje się pojęciem „szacunkowej ceny brutto oferty”, a nie szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, które to pojęcie użyto tylko na potrzeby porównania i oceny ofert, co wynika z przyjętego przez Zamawiającego sposobu obliczania ceny w formularzu ofertowym, który uwzględnia m. in. część zamówienia objętą prawem opcji. Tym samym zdaniem Izby nie ma sprzeczności między charakterem wynagrodzenia określonym w umowie, a szacunkową ceną podawaną na potrzeby oceny ofert. Z kolei maksymalne wynagrodzenie wykonawcy, o którym mowa w § 10 ust. 1 Projektu Umowy stanowi ograniczenie łącznej kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie realizacji zamówienia, co zostanie ostatecznie ustalone przed podpisaniem Umowy. Funkcją maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy jest możliwość przedterminowego rozwiązania umowy (por. rozdz. VII ust. 1 SIWZ), a zatem nie ma ono jakiegokolwiek wpływu na charakter wynagrodzenia wykonawcy oraz zasady jego rozliczeń z Zamawiającym.

Wnioski odwołujących odnośnie zarzutu dotyczącego postanowienia rozdziału XVI ust. 6 w zakresie ograniczenia wysokości Opłaty Instalacyjnej [z odwołania KIO 2000/14 i KIO 2002/14] w istocie zmierzają do zniesienia maksymalnego limitu tej opłaty i mogą powodować – jak zauważył Zamawiający - oferowanie przez wykonawców niekorzystnej dla Zamawiającego struktury płatności. Zdaniem Izby ograniczenie wysokości Opłaty Instalacyjnej do wysokości dwukrotnej miesięcznej opłaty nie narusza przepisów prawa zamówień publicznych i takiego sposobu kalkulowania ceny przez wykonawcę nie można uznać za nieuzasadnioną ingerencją w sposób kalkulowania ceny. Przede wszystkim określenie wysokości Opłaty Instalacyjnej, leży w gestii wykonawcy, natomiast zgodnie ze spornym postanowieniem niedopuszczalne jest jedynie określenie wygórowanej wysokości tej opłaty tj. w kwocie przekraczającej dwukrotność miesięcznego wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług. Tak jak wyjaśnił Zamawiający celem tak sformułowanego ograniczenia jest zabezpieczenie Zamawiającego przed negatywnym zjawiskiem sztucznego podwyższania przez wykonawców Opłaty Instalacyjnej kosztem Wynagrodzenia za Usługi, oraz zapewnienie możliwości porównania realnej wartości ekonomicznej ofert bez konieczności uwzględniania wartości pieniądza w czasie. Także w tym przypadku Zamawiający, co podkreślał w stanowisku, ustalił maksymalną wysokość Opłaty Instalacyjnej

w oparciu o informacje uzyskane od wykonawców w trakcie badania rynku i dwukrotność tej opłaty w stosunku do wynagrodzenia miesięcznego jest wartością stanowiącą medianę kwot proponowanych przez wykonawców w trakcie badania rynku.

Rozpoznając zarzut dotyczący postanowień rozdziału XVIII ust. 3 oraz § 3 ust. 12 Projektu Umowy dotyczący warunków korzystania z podwykonawców [z odwołania KIO 1987/14 i KIO 2002/14] Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że postanowienia art. 36b ustawy Pzp nie stanowią dla Zamawiającego ograniczenia ustanowienia w Projekcie Umowy wymogów w zakresie korzystania z podwykonawców. Badanie przez Zamawiającego na etapie przetargu zamiaru podzlecenia przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcom jest niezależne od instytucji akceptacji Zamawiającego dla osoby konkretnego podwykonawcy udzielanej na etapie realizacji umowy. Zgodnie z rozdziałem XVIII wykonanie przedmiotu zamówienia może być powierzone podwykonawcom i części zamówienia powierzone do realizacji podwykonawcy mają być wskazane w ofercie. Z kolei w zakresie spornym, zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą obejmującej realizację części zamówienia wymaga w każdym przypadku zgody Zamawiającego udzielonej zgodnie z warunkami określonymi w Umowie. W Projekcie umowy z kolei w § 3 ust.12 wskazano także, że przy realizacji przedmiotu umowy wykonawca może skorzystać ze świadczeń podmiotów trzecich jako podwykonawców pod warunkiem uzyskania pisemnej zgody zamawiającego oraz, że wykonawca zobowiązuje się do uzyskania oświadczenia podwykonawcy i jego konsultantów o obowiązku przestrzegania zobowiązań określonych w Umowie, w szczególności w zakresie ochrony danych osobowych i tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiającego. Dalej podano [zdanie 3], że Wykonawca będzie ponosić odpowiedzialność za działania podwykonawców oraz osób dedykowanych przez nich do współpracy z Zamawiającym związane z wykonywaniem Umowy jak za działania własne. Zdaniem Izby zgodnie ze wskazanymi postanowieniami, określono w specyfikacji warunki zlecenia podwykonawstwa, wskazując na wymaganą pisemną zgodę, która nie będzie wyrażona, gdy wykonawca nie uzyska oświadczenia podwykonawcy o obowiązku przestrzegania zobowiązań określonych w Umowie, w szczególności w zakresie w szczególności ochrony informacji [ochrony danych osobowych i tajemnicy przedsiębiorstwa] Zamawiającego. Nie można zatem w tym przypadku mówić o nieograniczonej swobodzie Zamawiającego w niewyrażaniu zgody na korzystanie z podwykonawców. W takiej bowiem sytuacji zastosowanie znalazłyby ogólne zasady odpowiedzialności stron wynikające z prawa cywilnego i gdyby Zamawiający teoretycznie próbował w złej wierze, w sposób rażący i uporczywy uniemożliwić udział podwykonawców w realizacji umowy, wówczas narażałby się na roszczenia ze strony wykonawcy oraz możliwość zwolnienia się przez wykonawcę z odpowiedzialności wobec Zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający także w tych przypadkach, gdy będzie

powoływał się na niewykazanie przez podwykonawcę rękami należytego wykonania zobowiązań, czy dotychczasowe jego niewłaściwe postępowanie w zakresie ochrony informacji przy realizacji innych umów przekazywane przez kontrahentów może narazić się na wskazywane konsekwencje, albowiem takich okoliczności nie wymienia specyfikacja jak również projekt umowy. Wnioski odwołującego Orange, że Zamawiający nie sprecyzował, czy dopuszczalne jest posłużenie się podwykonawcami, ani też nie nakazał osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę w świetle postanowień rozdz. XVIII siwz oraz § 3 ust. 12 Projektu Umowy są niezasadne, albowiem Zamawiający dopuszcza, co do zasady wykonanie zamówienia przez podwykonawców i nie wprowadza w tym zakresie jakichkolwiek ograniczeń, rezerwując sobie tylko prawo do weryfikacji, we wskazanym powyżej zakresie, osób podwykonawców na etapie realizacji umowy, co zdaniem Izby nie narusza przepisów Pzp, czy równowagi kontraktowej stron umowy czy też obowiązujących praktyk rynkowych.

II. Formularz oferty

Rozpoznając zarzut dotyczący załącznika nr 1 - Formularz ofertowy [z odwołania KIO 2002/14] Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że twierdzenia Odwołującego Orange, że przyjęty w formularzu ofertowym okres 42 miesięcy świadczenia usługi jest nierealny i nie odpowiada rzeczywistym możliwościom wykonawców są bezzasadne i mogą być skutkiem niezrozumienia postanowień tego formularza. Tak jak podał Zamawiający mnożnik 42 miesięcy został wprowadzony do formularza ofertowego wyłącznie na potrzeby porównania i oceny ofert. Okres ten został obliczony poprzez dodanie do 36-miesięcznego okresu na świadczenie usług połowy 12-miesięcznego okresu, w którym zrealizowane mają być Prace Wdrożeniowe (z uwagi na fakt, że wykonawca po zakończeniu prac w danej Lokalizacji będzie mógł rozpocząć świadczenie usług przed upływem tego 12-miesięcznego okresu). Okres 42 miesięcy przyjęty w formularzu oferty nie może być wiązany zatem z realnym czasem świadczenia usług przez wykonawcę. Dokładne określenie takiego „realnego” okresu dla każdej z kategorii Lokalizacji jest jednak niewykonalne, gdyż to wykonawca posiadać będzie decydujące zdanie, jeśli chodzi o zagospodarowanie okresu 12 miesięcy przeznaczonego na realizację Prac Wdrożeniowych i kolejność instalowania łączy w poszczególnych Lokalizacjach (świadczenie usług w danej Lokalizacji może bowiem rozpocząć się przykładowo w 3, 6 lub 9 miesiącu od podpisania Umowy).

III. Opis Przedmiotu Zamówienia – załącznik nr 3 do siwz [OPZ]

Rozpoznając zarzut do rozdziału 1 ust. 2 pkt 2 OPZ [z odwołania KIO 2000/14 i 2002/14] dotyczący wymaganej technologii Izba stwierdziła, że Zamawiający dopuścił świadczenie usług z wykorzystaniem łączy radiowych tylko w przypadku, gdy wykonawca nie może dostarczyć łączy kablowego dla danej Lokalizacji oraz po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym. Zatem intencją Zamawiającego jest, aby wykorzystanie technologii radiowej było dopuszczalne w sytuacjach wyjątkowych, w szczególności gdy zainstalowanie łączy kablowego dla określonej Lokalizacji nie jest możliwe lub jest znacząco utrudnione albo zbyt kosztowne z uwagi na uwarunkowania techniczne tej lokalizacji. Izba zwraca uwagę, że konkurencja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest kategorią absolutną i powołując się na nią nie można wymagać, aby zamawiający dokonał zakupu usług niespełniających jego wymagań. Zasadniczym celem w postępowaniu jest uzyskanie przez zamawiającego produktu spełniającego jego uzasadnione potrzeby. Zdaniem Izby, przedstawionych w odwołaniu tez o równoważności technologii kablowej i radiowej Odwołujący, w żaden sposób nie wykazali. Również odwołujący GTS nie poparł żadnym dowodem twierdzenia, że wymóg świadczenia usług w oparciu o technologię kablową celowo ogranicza konkurencję w Postępowaniu na korzyść Orange. Także wykonawca Orange w odwołaniu domaga się dopuszczenia możliwości świadczenia usług drogą radiową, co potwierdza nieprawdziwość tezy o rzekomym celowym ograniczeniu konkurencji przez Zamawiającego. Izba miała także na uwadze argumentację Zamawiającego, że aktualny stan infrastruktury kablowej oraz istnienie określonych przewag konkurencyjnych między wykonawcami funkcjonującymi na rynku nie ma jakiegokolwiek wpływu na ocenę zgodności opisu przedmiotu zamówienia z wymogami art. 29 ust. 2 Pzp, a istniejący stan faktyczny, na który Zamawiający nie ma jakiegokolwiek wpływu nie może być podstawą do oceny zgodności jego działań z przepisami ustawy. Także, zdaniem Izby, Zamawiający wykazał, że niekorzystne dla zamawianej usługi byłoby zaakceptowanie postulowanego przez wykonawcę GTS rozwiązania, aby dopuścić świadczenie usług w oparciu o łączy typu radiolinia punkt-wielopunkt w paśmie koncesjonowanym, które to rozwiązanie może dotyczyć dużych miast, gdzie występuje znaczne nasycenie urzędów pocztowych oraz, że w przypadku masowego użycia tej technologii na terenie miasta istnieje duże prawdopodobieństwo wystąpienia awarii masowej (pogorszenie warunków pogodowych, zakłócenia propagacyjne, zakłócenia od innych użytkowników realizujących usługi w tej technologii), a co za tym idzie potencjalnych przerw w świadczeniu usług i strat finansowych dla Zamawiającego.

Rozpoznając zarzut do rozdziału 1 ust. 2 pkt 3 OPZ [z odwołania KIO 2002/14] Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że jego intencją jest, aby technologia radiowa stanowiła wyjątkową i jedynie zastępczą metodę realizacji zamówienia, wyłącznie w przypadku, gdy niemożliwe lub znacząco utrudnione będzie skorzystanie z technologii kablowej. Tym samym na etapie tworzenia specyfikacji nie sposób przesądzić, dla których z ponad 4700 Lokalizacji oraz w jakich okolicznościach konieczne będzie wykorzystanie technologii radiowej, zwłaszcza że konieczność ta może nie być uzależniona od obiektywnych przyczyn, lecz również być skutkiem okoliczności związanych z cechami konkretnego wykonawcy. Izba podkreśla, że w świetle postanowień specyfikacji technologia kablowa jest podstawowym sposobem realizacji zamówienia i to właśnie ona powinna stanowić punkt odniesienia dla wykonawców przy kalkulacji ceny oferty.

Rozpoznając zarzut do rozdziału 1 ust. 2 pkt 6 OPZ [z odwołania KIO 2000/14] Izba stwierdziła, że z tego wymagania bezspornie wynika, że łącza podstawowe i zapasowe powinny być wykonane dwoma niezależnymi drogami kablowymi. Jedynie w przypadku, gdy z przyczyn zależnych od wykonawcy [wykonawca nie będzie miał możliwości technicznych] nie jest możliwe doprowadzenie łączy dwiema drogami kablowymi, wówczas wykonawca musi znaleźć i zastosować inne rozwiązanie, które zapewni rozdzielność komunikacji tymi łączy. Tak jak podkreślał Zamawiający celem tego wymagania jest zapewnienie, aby w razie uszkodzenia lub awarii jednego z łączy (np. w wyniku robót budowlanych) drugie łącze mogło funkcjonować w sposób nieprzerwany i bez większego wpływu na działalność prowadzoną przez Zamawiającego.

Rozpoznając zarzut do rozdziału 1 ust. 2 pkt 7 OPZ [z odwołania KIO 2000/14] Izba stwierdziła, że zgodnie z tym wymaganiem oba łącza podstawowe i zapasowe oparte na dostępie radiowym mają być zakończone na dwóch niezależnych węzłach dostępowych w sieci wykonawcy. Zamawiający wymagał także, aby Urządzenia nadawcze były zainstalowane na dwóch oddzielnych masztach, a ich kierunki nadawania były zorientowane między sobą pod kątem nie mniejszym niż 90 stopni. Odnośnie tego wymagania Zamawiający wprowadził zmianę do tego punktu poprzez dopuszczenie instalacji urządzeń nadawczych zorientowanych pod kątem mniejszym niż kwestionowane 90 stopni i tym samym żądanie w tym zakresie Odwołującego GTS stało się bezprzedmiotowe. Odnośnie drugiego spornego wymagania Izba uznała, że żądanie ograniczenia do jednego masztu zmierza do narzucenia Zamawiającemu korzystniejszych ekonomicznie dla wykonawcy warunków realizacji zamówienia, co zdaniem Izby nie uzasadnia podnoszonego w odwołaniu zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust.1 i 2 ustawy Pzp czy art. 7 ust.1 tej ustawy.

Rozpoznając zarzut do rozdziału 1 ust. 5 pkt 1 OPZ [z odwołania KIO 2002/14] Izba stwierdziła, że wykonawca Orange, domagając się wykreślenia możliwości stosowania łączy asymetrycznych lub usunięcia wymagań dotyczących jakości usług i monitoringu dla tych łączy nie przedstawił dowodów na poparcie takiego żądania. Z argumentacji dla tego zarzutu i żądań jego wykreślenia wynika, że stanowisko wykonawcy oparte jest na wygodnych dla wykonawcy rozwiązaniach biznesowych [wskazywana przez wykonawcę konieczność zakupu blisko 5000 urządzeń CE], co chociażby z tego powodu nie może stanowić na gruncie ustawy Pzp podstawy do uwzględnienia żądanych zmian w OPZ.

Rozpoznając zarzut do rozdziału 1 ust. 5 pkt 5 OPZ [z odwołania KIO 2002/14] Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że na obecnym etapie Postępowania nie ma potrzeby ujawniania w specyfikacji jego kompletnej puli adresów IP, tym bardziej, że wykonawca Orange nie udowodnił, że jej brak chociażby utrudni złożenie oferty. Takie informacje, jak podał Zamawiający, będą uzgodnione z wyłonionym w przetargu wykonawcą w fazie przygotowania projektu technicznego. I to w istocie odpowiada żądaniu wykonawcy Orange, który w odwołaniu domaga się zagwarantowania przez Zamawiającego puli adresowej, na bazie której wykonawca będzie świadczyć usługi.

Rozpoznając zarzut do rozdziału 1 ust. 6 pkt 2.1.1 i 2.1.2 OPZ [z odwołania KIO 2002/14] Izba stwierdziła, że zgodnie z postanowieniami OPZ parametry QoS mają być zapewnione dla każdego z VRF z osobna. Tak jak podał Zamawiający, faktyczny, procentowy podział pasma między poszczególnymi kolejkami nie ma znaczenia na etapie opracowywania oferty i zgodnie z intencją Zamawiającego ma on zostać wypracowany podczas tworzenia projektu sieci, oraz może być zmieniany podczas trwania umowy. Kwestia ta nie ma również wpływu na klasę i cenę wymaganych urządzeń CE. W efekcie nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że aktualne postanowienia dotyczące QoS uniemożliwiają mu należyte skalkulowanie oferty.

Rozpoznając zarzut do rozdziału 1 ust. 7 pkt 8 załącznika nr 3 OPZ [z odwołania KIO 2002/14] Izba uznała, że wykonawca Orange nie wykazał okoliczności, które uniemożliwiają mu prawidłowe sporządzenie oferty. Zdaniem Izby wymagane funkcjonalności określono w punktach 6 i 7, a punkt 8 związany także z prawidłowym monitorowaniem należy odnosić do wszystkich wymagań zawartych OPZ. W tym miejscu Izba zwraca uwagę na punkt 9 OPZ zgodnie z którym Zamawiający podał, że uzna system monitorowania za niedostępny, tylko wówczas, gdy nie będą spełnione wymagania z punktu 6 i 7 lub kiedy komunikacja poprzez SNMP do routerów CE do stacji monitorujących Zamawiającego nie będzie możliwa.

Rozpoznając zarzut do rozdziału 3 ust. 2 pkt 2 OPZ w związku z § 10 ust.5 [z odwołania KIO 2000/14] Izba stwierdziła, że żądania wykonawcy zmierzają do korzystniejszego dla wykonawcy uregulowania warunków przyszłej umowy i tym samym podnoszony zarzut nie dotyczy w istocie naruszenia przepisów ale usunięcia niekorzystnych dla wykonawcy skutków związanych ze zwłoką w zapewnieniu przez wykonawcę łącza zapasowego. Tym samym Izba uznała argumentację Zamawiającego, że z punktu widzenia jego interesów kwestionowany podział wynagrodzenia [w Lokalizacjach, w których wymagane jest zapewnienie łącza zapasowych, wynagrodzenie wykonawcy od czasu uruchomienia łącza podstawowego do czasu uruchomienia łącza zapasowego będzie wynosić 40% wynagrodzenia miesięcznego] jest uzasadniony, albowiem wykonawca będzie posiadał motywację do jak najszybszego dostarczenia takiego łącza. Izba także wskazuje na ograniczone uprawnienia wykonawcy do ingerencji w przyjęty przez zamawiającego model realizacji kontraktu i sposoby motywowania wykonawcy do należytego wykonywania powierzonych mu zadań.

Rozpoznając zarzut do rozdziału 5 ust. 1 pkt 5 załącznika nr 3 OPZ [z odwołania KIO 2000/14] Izba stwierdza, że Odwołujący nie precyzuje na czym ma polegać rzekoma niejednoznaczność postanowienia ustalającego wysokość bonifikaty obliczanej niezależnie dla łącza podstawowego i zapasowego ustanowionej na poziomie 60% miesięcznego wynagrodzenia za usługi dla danej Lokalizacji. Zdaniem Izby wbrew twierdzeniom Odwołującego, jest to postanowienie jednoznaczne i jak podał Zamawiający ustalenie wysokości maksymalnej bonifikaty na poziomie 60% (a nie 50%) ma w szczególności na celu motywowanie wykonawcy do jak najszybszego usunięcia awarii i świadczenia usługi o pełnej funkcjonalności.

Rozpoznając zarzut do rozdziału 5 ust. 1 pkt 6 załącznika nr 3 OPZ [z odwołania KIO 2000/14] Izba ponownie wskazuje na ograniczone uprawnienia wykonawcy do ingerencji w przyjęty przez zamawiającego model realizacji kontraktu i sposoby motywowania wykonawcy do należytego wykonywania powierzonych mu zadań, szczególnie, gdy jego żądania zmierzają do narzucenia Zamawiającemu niekorzystnego, lecz preferowanego przez wykonawcę modelu, w tym przypadku, rozliczania bonifikat. Kwestionowany przez wykonawcę GTS sposób naliczania bonifikat w przypadku wystąpienia zdarzenia zdefiniowanego jako Awaria Masowa [niezwykle groźnego dla Zamawiającego, gdyż może sparaliżować jego działalność operacyjną na znacznym obszarze i przyczynić się do powstania wymiernych, wysokich strat finansowych] uzasadnia przyjęcie bardziej rygorystycznych zasad obliczania tych bonifikat. Z tego też powodu – jak wskazywał Zamawiający - wykonawca powinien dochować maksymalnej staranności, aby nie dopuścić

do występowania takich zdarzeń i w uzasadnionym interesie Zamawiającego jest maksymalne zabezpieczenie się przed częstymi Awariami Masowymi, z uwagi na ich negatywne konsekwencje dla prowadzonej działalności. Tak jak podał Zamawiający wysokość bonifikaty dla danej Lokalizacji nie może przekroczyć [w każdym przypadku] 100% miesięcznego wynagrodzenia.

Rozpoznając zarzut do rozdziału 5 ust. 1 pkt 15.3 OPZ [KIO 2002/14] Izba stwierdziła, że zgodnie z tym wymaganiem Zamawiający oczekuje dotrzymania parametrów QoS między dowolną parą lokalizacji, natomiast ze względu na wielkość sieci pomiary dokonywane będą z lokalizacji POP i tylko na ich podstawie naliczane będą bonifikaty. Zatem, zdaniem Izby, nie ma sprzeczności między postanowieniami pkt 13 oraz 15.3 rozdz. 5 ust. 1 OPZ. Jak podał Zamawiający ma on ponadto możliwość użycia dowolnych narzędzi w dowolnych lokalizacjach w celu weryfikacji jakości świadczonych usług i zgodnie z przyjętymi założeniami, przeprowadzane badania SLA będą wykonywane w ramach sieci IP VPN pomiędzy wyspecjalizowanymi urządzeniami w sieci Operatora a urządzeniami operatora zainstalowanymi w poszczególnych lokalizacjach PP (CE) za pośrednictwem których świadczony jest dostęp do usługi. Dodatkowo Zamawiający zakłada możliwość przeprowadzania testów SLA bezpośrednio pomiędzy wybranymi lokalizacjami. Tym samym, zdaniem Izby, niezasadne są twierdzenia Odwołującego, że określone przez Zamawiającego sposoby pomiarów są nieprecyzyjne.

IV. Projekt Umowy

Izba stwierdziła, że Zamawiający w ust.4 § 17 Projektu umowy [KIO 1987/14 i KIO 2002/14] sformułował generalne postanowienia określające wstępne ramy przyszłej współpracy wykonawcy przedmiotu tego zamówienia z wykonawcą wyłonionym w prowadzonym równolegle postępowaniu, którego przedmiotem jest modernizacja telefonii głosowej w Poczcie Polskiej S.A. Z kolei w ust.5 § 17 wskazano na obowiązek uzgodnienia treści Porozumienia Trójstronnego [którego projekt zostanie przygotowany przez Zamawiającego] z wykonawcą tej usługi. Niewątpliwie Postanowienia § 17 mają charakter zbliżony do listu intencyjnego i formułują obowiązek zawarcia porozumienia trójstronnego pomiędzy wskazanymi wykonawcami oraz Zamawiającym. Tak jak podał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, prace nad dokumentacją dla drugiego z postępowań nie zostały jeszcze ukończone i jednocześnie zaznaczył, że projekt umowy z wykonawcą modernizacji telefonii głosowej będzie zawierał bliźniacze postanowienia do tych, o których mowa w § 17 Projektu Umowy. Izba zgodziła się z argumentacją Zamawiającego, że obowiązek zawarcia porozumienia trójstronnego (...) służy uzasadnionym potrzebom Zamawiającego i ma na

celu właściwe nadzorowanie realizacji obu projektów, w szczególności w zakresie obszarów problemowych, na których mogą występować kolizje dotyczące kompetencji i odpowiedzialności obu wykonawców. Specyfika i złożoność obu projektów sprawia, że takich sytuacji prawdopodobnie nie da się uniknąć, w związku z czym powinny istnieć czytelne i jasne zasady odpowiedzialności wykonawców wobec Zamawiającego w sytuacjach, gdy niemożliwe lub znacząco utrudnione będzie stwierdzenie, który z wykonawców naruszył postanowienia umowy w sposób narażający Zamawiającego na szkodę. Przykładowo przesądzenie warunków przyszłej współpracy może być konieczne dla określenia podmiotu odpowiadającego za awarię i jej usunięcie podczas problemów z transmisją na styku sieci IP VPN Wykonawców obu usług. Kolejnym przykładem może być potrzeba migracji ze starej sieci WAN do nowej we współpracy z dostawcą świadczącym usługi VoIP dla danej Lokalizacji. Trudno także nie zgodzić się z Zamawiającym, że na obecnym etapie nie jest możliwe dokładne określenie treści postanowień porozumienia trójstronnego, w szczególności z uwagi na fakt, iż nie zostały jeszcze sfinalizowane prace nad ostatecznymi postanowieniami dokumentacji przetargowej na projekt modernizacji telefonii głosowej, a ponadto, wiele szczegółowych problemów natury technicznej może stać się znana dopiero na etapie realizacji każdej z umów (w szczególności w trakcie realizacji Prac Wdrożeniowych). Tym samym sformułowanie propozycji uregulowania tych kwestii w ramach porozumienia trójstronnego będzie możliwe dopiero po przeprowadzeniu przez obu wykonawców odpowiednich analiz i dokonaniu stosownych uzgodnień. Nie jest zatem obiektywnie możliwe uwzględnienie żądania, aby treść porozumienia trójstronnego została wiążąco określona już na obecnym etapie jako element specyfikacji. Izba nie zgodziła się również z twierdzeniami Odwołujących, jakoby obowiązki przewidziane w § 17 Projektu Umowy obiektywnie utrudniały czy też uniemożliwiały wykonawcy sporządzenie oferty w sytuacji, gdyż zakres świadczenia wykonawcy został wyczerpująco określony w specyfikacji, a porozumienie trójstronne ma dotyczyć wyłącznie tzw. reguł kolizyjnych (rozwiązywania problemów na wspólnych obszarach).

W odniesieniu do pozostałych kwestionowanych postanowień § 7 ust. 1 i 2, § 8 ust. 2, 3 i 10 oraz § 12 ust. 7 Projektu umowy w odwołaniu przez wykonawcę GTS i wykonawcę Orange Izba ponownie wskazuje na ograniczone uprawnienia wykonawcy do ingerencji w przyjęty przez zamawiającego model realizacji kontraktu i sposoby motywowania wykonawcy do należytego wykonywania powierzonych mu zadań, szczególnie, gdy żądania wykonawcy zmierzają do narzucenia Zamawiającemu niekorzystnego, lecz preferowanego przez wykonawcę modelu, albo też nieuzasadnionego ograniczania uprawnień Zamawiającego, w tym przypadku, w zakresie korzystania z prawa opcji na warunkach cenowych podanych przez wykonawcę w ofercie, która to cena została określona według zasad określonych w

specyfikacji (§ 7 ust.1 i 2), ustalania terminów realizacji nowej Lokalizacji oraz modyfikacji świadczenia według zasad podanych w umowie (§ 8 ust.2 i 3), zawieszenia czasowego umowy na czas oznaczony (§ 8 ust.10) czy też zlecenia podmiotowi trzeciemu zastępczego wykonania zamówienia (§ 12 ust. 7). Zdaniem Izby, kwestionowane postanowienia Projektu Umowy nie naruszają przede wszystkim wskazywanego w odwołaniu art. 29 ust.1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sformułowane w odwołaniach żądania zmierzają do uzyskania korzystnych dla wykonawców warunków realizacji zamówienia według ich modelu biznesowego i chociażby z tego powodu nie zasługują na uwzględnienie. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie - zwiększone ryzyka ekonomiczne, nie pozbawiają wykonawcy możliwości sporządzenia oferty z ceną realizacji pokrywającą obiektywnie uzasadnione koszty i ewentualne ryzyka przy uwzględnieniu zysku na rozsądnym poziomie. W niniejszej sprawie wykonawcy kwestionujący postanowienia wzoru umowy nie wykazali, że zawarcie umowy na warunkach określonych we wzorze umowy i wskazywanych w tym wzorze ryzykach spowoduje zawarcie nieważnej umowy, bądź też obiektywną niemożność należytego spełnienia świadczenia. Odwołujący w przekonaniu Izby nie wykazali, że te postanowienia naruszają przepisy prawa zamówień publicznych. Dodatkowo Izba stwierdza, że wykonawca GTS, nie wykazał w żaden sposób obiektywnej niemożliwości dotrzymania terminu realizacji zamówienia w nowej lokalizacji i jego żądania zmierzają wyłącznie do uzyskania korzystniejszych dla wykonawcy terminów realizacji Umowy. Także podnoszona przez wykonawcę Orange teza o nieograniczonym prawie Zamawiającego do modyfikacji liczby Lokalizacji jest nieuzasadniona, albowiem zgodnie z § 8 ust 7 Projektu umowy, Zamawiający może zamówić usługi dla nowych Lokalizacji, jednakże w liczbie nie większej niż 20% wszystkich Lokalizacji, a w przypadku rezygnacji z określonych Lokalizacji, ograniczenie w liczbie redukowanych placówek nie może przekroczyć łącznie 10%. Dodatkowo Izba zauważa, że uchylenie przewidzianych Kwestionowane z kolei przez wykonawcę GTS postanowienie § 8 ust. 10 Umowy, zgodnie z którym wykonawca nie jest uprawniony do pobierania wynagrodzenia w przypadku zawieszenia przez Zamawiającego świadczenia usług w danej Lokalizacji stanowi także nieuzasadnioną próbę zwiększenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy, czym zmierza do poprawienia jego warunków i ustalenia jednocześnie mniej korzystnych warunków realizacji Umowy dla Zamawiającego. Tak jak podał Zamawiający, w okresie zawieszenia świadczenia usług wykonawcy nie obciążają względem Zamawiającego żadne zobowiązania. Ponadto zgodnie z § 8 ust. 10 Projektu Umowy, zawieszenie usług dotyczy wyłącznie łączy kategorii T4-T7 oraz może trwać maksymalnie 6 miesięcy w danej Lokalizacji, jak również nie jest dopuszczalne jednoczesne zawieszenie świadczenia usług dla więcej niż 2% wszystkich Lokalizacji objętych Umową. W związku z powyższym ewentualne koszty utrzymania łączy przez wykonawcę w okresie zawieszenia świadczenia usług mają marginalny i wpałkowy

charakter z punktu widzenia całego przedmiotu zamówienia, zaś ryzyko ich ewentualnego wystąpienia może być oszacowane i uwzględnione przez wykonawcę w cenie oferty. Zdaniem Izby, także umożliwienie nieodpłatnego (lub za jednorazową opłatą) zawieszenia świadczenia usług internetowych potwierdza praktyka operatorów, czego dowodzą ogólnie dostępne publikowane przez nich cenniki. W ocenie Izby, również bezzasadne są twierdzenia odwołujących GTS i Orange o rzekomo zbyt rygorystycznym charakterze uprawnienia Zamawiającego do zlecenia podmiotowi trzeciemu zastępczego wykonania zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca w ciągu dwóch następujących po sobie miesięcy w sposób rażący nie osiągnie gwarantowanych parametrów SLA w tej Lokalizacji, w związku z czym wysokość bonifikat przekroczy 50% miesięcznego wynagrodzenia. Niewątpliwie uprawnienie sformułowane w § 12 ust. 7 Projektu umowy służy ochronie interesów Zamawiającego w przypadku, gdy wykonawca w sposób uporczywy i rażący świadczy usługi daleko odbiegające od standardów określonych przez Zamawiającego w specyfikacji. Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że z uwagi na konieczność zapewnienia sprawnego prowadzenia działalności operacyjnej Zamawiający musi mieć możliwość, w takich wyjątkowych sytuacjach, niezwłocznego zlecenia zastępczego świadczenia usług podmiotowi trzeciemu, w szczególności w celu uchronienia się przed negatywnymi skutkami nienależytego świadczenia usług przez wykonawcę. Zdaniem Izby także to postanowienie nie narusza art. 7 ust. oraz art. 29 ust. 1 Pzp, a przede wszystkim nie wpływa negatywnie na możliwość złożenia oferty przez wykonawcę, czy też nie narusza równowagi kontraktowej stron stosunku zobowiązaniowego, tym bardziej, że takie uprawnienie regulowane jest chociażby wskazywanym art.480 Kodeksu cywilnego.

W reasumpcji Izba stwierdza, że podnoszone w odwołaniach zarzuty nie są zasadne i tym samym nie zasługują na uwzględnienie, a odwołanie podlega oddaleniu także w związku z art.192 ust.2 ustawy Pzp z uwagi na to, że Zamawiający częściowo uznał wskazane powyżej zarzuty, co znalazło swój wyraz w zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej załączników dokonanej w dniu 9 października 2014 r. i 14 października 2014 r.

Wobec powyższych ustaleń Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając również przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....